

REVISTA DA AGU

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO 30 ANOS

Vol. 22 nº 02 - Brasília-DF - abr/jun/2023
Qualis A2
ISSN-L 1981-2035
ISSN 2525328-X



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTRO VICTOR NUNES LEAL

REVISTA DA
AGU
30 ANOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

volume 22 nº 02 - Brasília-DF, abr/jun/2023

<https://revistaagu.agu.gov.br/>

Revista da AGU	Brasília	Qualis A2	v. 22	nº 02	p. 1-330	abr/jun/ 2023
----------------	----------	--------------	-------	-------	----------	---------------

Revista da AGU

Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -

CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil.

e-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.go.br

© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Jorge Rodrigo Araújo Messias

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Clarice Costa Calixto	Secretaria-Geral de Consultoria
Marcelo Eugênio Feitosa Almeida	Procurador-Geral da União
André Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Maia Venturini	Procuradora-Geral Federal
Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Heráclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação
Cláudia dos Santos Vieira	Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

ABNT(adaptação)/Diagramação:	Walbert Kuhne / Kamilla Souza
Capa:	Walbert Kuhne / Kamilla Souza

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. – Brasília : EAGU, 2002.

v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU: Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da AGU (2008-).

A partir de 2015, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328X (versão online)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

JOÃO CARLOS SOUTO
Diretor da Escola Superior da AGU

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO
Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado
em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria
e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado da União

EDITOR-ASSISTENTE

CLÁUDIA DOS SANTOS VIEIRA
Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros.

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

**CARLA AMADO GOMES
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)**

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES
DE SOUSA PINHEIRO
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL).**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência

Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,
ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA
MORENO (UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA
(UEA/UFRR/PR)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA
ARAÚJO (CESUPA)**

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA
(UFMA)**

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

**MARTONIO MONT'ALVERNE
BARRETO LIMA (UNIFOR/CE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA
CUNHA (UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

**JEFFERSON CARÚS GUEDES
(UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

**ARNALDO SAMPAIO DE
MORAES GODOY (AGU/
UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO
NEVES (UNB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Livre-Docência em Direito Econômico (USP). Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARIANA FILCHTNER

FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em

Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

**AMAURI FERES SAAD –
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO
GRANDE DO NORTE – RN**

Advogado. Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Master of Laws pela University of Toronto. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor visitante do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

**CELSO HIROSHI IOCOHAMA –
UNIVERSIDADE PARANAENSE –
UNIPAR – CURITIBA - PARANÁ.**

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina, especialização em Docência do Ensino Superior pela Universidade Paranaense e graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Umuarama. Professor na Universidade Paranaense - UNIPAR.

**CESAR RIBOLI – UNIVERSIDADE
REGIONAL INTEGRADA DO ALTO
DANIEL BRANTES FERREIRA –
AMBRA UNIVERSITY – ORLANDO –
FLÓRIDA – EUA**

Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ. Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela PUC-Rio. Professor de mestrado na Ambra University EUA (Disciplina de arbitragem).

**EDUARDO FORTUNATO BIM –
PROCURADOR FEDERAL – AGU**

Doutor em direito do Estado na USP. Mestre em direito e especialista em direito ambiental pela Unimep. Especialista em direito tributário (PUC-SP). Procurador Federal – AGU.

**EDUARDO ROCHA DIAS –
PROCURADOR FEDERAL – AGU**

Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito - Ordem Jurídica e Constitucional - pela Universidade Federal do Ceará. Graduação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professor Titular do Programa de

Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador Federal – AGU.

**ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR –
UNIVERSIDADE DE ITAÚNA – MG**

Pós-doutor em direito pela PUC-MG. Doutor em Direito Empresarial. Professor titular do doutorado, mestrado e graduação em direito da Universidade de Itaúna - MG

**ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR –
UNIVERSIDADE DE ITAÚNA – MG**

Pós-doutor em direito pela PUC-MG. Doutor em Direito Empresarial. Professor titular do doutorado, mestrado e graduação em direito da Universidade de Itaúna – MG

**EUGÊNIO BATTESINI – PROCURADOR
FEDERAL – AGU**

Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Research Fellow in Law pela Columbia University in the City of New York. Pós-Graduação em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Extensão em Law and Economics pela University of Chicago Law School. Extensão em European Law and Harmonization of Law pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduação em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Procurador Federal – AGU.

**FÁBIO RESENDE LEAL – INSTITUIÇÃO
TOLEDO DE ENSINO – BAURU – SP**

Advogado. Graduado, pós-graduado (lato sensu), mestre e doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professor Adjunto da UNIP – Bauru/SP. Professor convidado do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru e da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP.

**FERNANDO HENRIQUE MÉDICI –
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA PUC – SÃO PAULO – SP**

Doutorando em Direitos Humanos. Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo - PUC/SP. Procurador do Estado de São Paulo.

GIOVANNI OLSSON – UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DE CHAPECÓ – UNOCHAPECO – SC

Doutor em Direito (UFSC). Mestre em Direito (UFSC). Bacharel em Ciências Sociais e Ciências Jurídicas (UFRGS). Professor Permanente da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Comunitária da região de Chapecó – UNOCHAPECO – SC.

JONATHAN CARDOSO RÉGIS – UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALE – SANTA CATARINA – SC

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e Doctor en Derecho pela Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Especialização em: Administração em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul; Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali e Habilitação para o Magistério Superior pela Univali. Graduação em Direito – Univali. Graduação em Segurança Pública - Curso de Formação de Oficiais pela Polícia Militar de Santa Catarina. Professor de Direito Penal, Legislação Especial Penal e Direitos Humanos na Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO – UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ, FACULDADE ESTÁCIO DE CURITIBA – PR

Advogado. Pós-doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade MACKENZIE/SP. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR, com estágio de doutoramento na Universidad Carlos III de Madrid - UC3M/ Espanha. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público, pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro - UCAM/RJ. Graduado em Direito pela PUC/PR. Professor titular da Universidade Estácio de Sá, Faculdade Estácio de Curitiba, onde é Membro do Conselho Superior de Administração (CONSUD).

LUCIANO SOUTO DIAS – FACULDADE DE DIREITO DO VALE DO RIO DOCE – FADIVALE – GOVERNADOR VALADARES – MG

Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito

MARCILENE MARGARETE MARQUES – UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ – RIO DE JANEIRO – RJ

Doutora em Direito Previdenciário pela UVA- Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito Previdenciário pela UCP- Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário. Graduada em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora de pós-graduação na Universidade Estácio de Sá – RJ.

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ – UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC – SC

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

PLÍNIO RÉGIS BAIMA DE ALMEIDA – FACULDADE NACIONAL DE DIREITO (FND) DA UFRJ – RIO DE JANEIRO – RJ

Doutorando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (FND) (UFRJ). Doutorado Sanduíche (visiting scholar) no Departamento de Ciência Política da Universidade de Indiana (EUA). Doutorado Sanduíche (visiting scholar) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (PT). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Procurador do Município de Maceió/AL. Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestre em Direito Público pela UPAP. Especialista com pós-graduação lato sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil pela FADIVALE. Professor titular do curso de graduação em Direito na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce – FADIVALE. Controlador-Geral do Município de Governador Valadares/MG.

ROGÉRIO PICCINO BRAGA – UNIVERSIDADE NORTE DO PARANÁ – UNOPAR – BANDEIRANTES – PR

Advogado. Pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/

Bauru. Pós-graduado em Direito Municipal (especialização). Professor na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR).

RUBENS BEÇAK – UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

THAÍS CÍNTIA CÁRNIO - UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE – SÃO PAULO – SP

Doutora em Direito Tributário e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; em Banking pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; em Direito Privado pela Universidade de São Paulo; em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de São Paulo. Professora nos cursos de graduação e pós-graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

THOMAS AUGUSTO FERREIRA DE ALMEIDA – PROCURADOR FEDERAL – AGU

Doutor em Direito Constitucional. Mestre e Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Pós-Doutorado em História do Direito pela Nova School of Law de Lisboa. Procurador Federal – AGU.

URÁ LOBATO MARTINS – FACULDADE ESTÁCIO DO PARÁ – FAP – BELÉM – PA

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e graduação em Direito pela UFPA. Professora Faculdade Estácio do Pará – FAP.

URUGUAI E DAS MISSÕES – URI – RS DOUTOR EM EDUCAÇÃO PELA UNISINOS, RS.

Mestre em Direito pela URI - Campus de Santo Ângelo, RS. Especialista em Direito Tributário, em Civil e Processo Civil, em Contabilidade Gerencial e em Docência do Ensino Superior.

Graduado em Direito, em Administração e em Ciências Contábeis. Professor de Direito Administrativo, Direito Tributário e Prática Fiscal. Advogado.

VINICIUS VASCONCELOS – FACULDADES INTEGRADAS CAMPOS SALLES – SÃO PAULO – SP

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), com período de sanduíche (PDSE/Capes) na Universidad Complutense de Madrid (ESP) e de pós-doutoramento na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, com bolsa integral CAPES. Pós-graduado em Derechos fundamentales y garantías constitucionales en la Justicia Penal pela Universidad de Castilla-La Mancha (ESP). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Professor convidado (Pós-Graduação Lato Sensu) da FESP (PR), Unisinos (RS), ABDConst (RJ), FDV (ES) e IBCCRIM-Coimbra (SP). Professor de Direito Penal e Processual Penal das Faculdades Integradas Campos Salles (SP).

AUTORES

BRUNO VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Advogado e consultor jurídico.

CAIO CASTELLIANO DE VASCONCELOS

Advogado da União. Doutor e Mestre em Administração pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito e em Administração pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Foi *Visiting Scholar* na Universidade de Colúmbia, em Nova York - EUA. Foi Assessor Especial na Casa Civil da Presidência da República, Diretor de Gestão Estratégica na Advocacia-Geral da União (AGU), Secretário de Gestão e Secretário Especial Adjunto de Desburocratização no Ministério da Economia. Vencedor do Prêmio Inovare 2020 - Categoria Advocacia. É professor da Pós-Graduação em Advocacia Pública na Escola da AGU, participa dos grupos de pesquisa “Gestão Estratégica e Inovação na Advocacia Pública” (Escola da AGU) e “Administração da Justiça” (PPGA/UnB).

CLARISSA SAMPAIO SILVA

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1994), Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999) e Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (2007), devidamente revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco (2008). Professora da Universidade de Fortaleza do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos (Gestão de conflitos com o Setor Público) na graduação (Direito Administrativo). Advogada da União.

CRISTIANE FÁTIMA GRANO HAIK

Doutoranda e Mestre em Direito das Relações Sociais (Direito Previdenciário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora da área trabalhista e previdenciária do escritório Furriela Advogados.

DANIEL MACEDO TAVARES CRUZ

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará e pós graduado em Direito do Trabalho

e Processo do Trabalho pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Mestrando da Universidade de Fortaleza em Direito e Gestão de Conflitos. Gerente jurídico da Companhia de Desenvolvimento do Complexo Industrial e Portuário do Pecém.

ELIAS JACOB MENEZES NETO

Mestre e Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

GEORGEA BERNHARD

Mestranda em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa PROSUC/CAPEs, modalidade II. Graduada em Direito pela mesma universidade. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, integrante do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC, vinculado ao PPGD da UNISC.

HUMBERTO CUNHA DOS SANTOS

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pelo CEUB. Pós-graduação lato sensu em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV. Pós-graduação lato sensu em Regulação Econômica pelo CEFET/RJ. Bacharel em Direito pelo CEUB e Licenciatura em Ciências Sociais pela UnB. Professor de Direito do CEUB. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União - AGU, com atuação perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Pesquisador sobre organização jurídica dos mercados (GEC/Unb e NPM/CEUB).

JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA

Bacharel em Administração pela União das Escolas Superiores do Pará (1991). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (1995). Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP (2003). Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP (2009). Professor Assistente-Mestre de Direito Administrativo da PUC-SP.

Professor do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da PUC-SP - Núcleo Direito Administrativo. Coordenador Adjunto do Núcleo de Direito Administrativo do Programa de Estudos Pós-graduados em Direito da PUC-SP. Membro da Comissão de Incentivo, Difusão e Aprimoramento de Produção Científica do PPG-Direito-PUCSP. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Professor Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “Contratações Públicas” e “Ponderação de Interesses no direito administrativo e contrafações administrativas” e “História das Ideias políticas”... Procurador Regional da República, atuante no 20º Ofício da Procuradoria Regional da República na Terceira Região, integrante do Núcleo Criminal. Membro do Núcleo de Solução Alternativa de Conflitos (NUSAC) da PRR da 3ª Região.

JULIANA RIBEIRO GOULART

Doutoranda e Mestra em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Especialista em Direito Processual pelo CESUSC (2008). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS (2003). Assistente Jurídica da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, tendo experiência na Câmara de Solução e gestão de Conflitos - CASC/PGE/SC. É Presidente da Comissão de Conciliação e Mediação da OAB/SC. Professora da disciplina Preparação à Prova Oral na ESMESC. Professora universitária na Faculdade Cesusc.

LUCIANO ROSA VICENTE

Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) e mestre pela mesma instituição; especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Administrativo Disciplinar e Direito Público; bacharel em Direito e em Ciências Contábeis.

LÚCIO PICANÇO FACCI

Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Fluminense de Letras. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor Adjunto de Direito

Civil e Processo Civil da Universidade Federal Fluminense – UFF – Niterói (RJ).

LUIZ HENRIQUE URQHART CADEMARTORI

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1989), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e pós-doutorado pela Universidade de Granada - Espanha. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Atua como Coordenador do Curso de Direito da UFSC e como Consultor na área de Direito Administrativo.

LYZA ANZANELLO DE AZEVEDO

Doutoranda e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) na área de Direito, Estado e Sociedade. Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Conhecimento (CEJEGD) da Universidade Federal de Santa Catarina e do Grupo de Estudos em Direito e Economia (GEDE) da Universidade de Brasília. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

MARLI MARLENE MORAES DA COSTA

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com Pós-Doutoramento em Direitos Sociais pela Universidade de Burgos-Espanha, com Bolsa Capes. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS- UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas. MBA em Gestão de Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação. Especialista em Direito Processual Civil. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar Sistêmica. Membro do Conselho do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Estudos Jurídicos da Criança e do Adolescente – NEJUSCA/UFSC.

MAURICIO MESURINI DA COSTA

Graduado em Direito, mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa

Catarina e doutor em história do Direito Público na mesma universidade.

MURILLO CESAR DE MELLO BRANDÃO FILHO

Graduação em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Procurador federal (categoria especial) - Advocacia-Geral da União.

MURILLO FRANCO CAMARGO

Formado em Direito, Especialista em Direito Processual e Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

ORLANDO LUIZ ZANON JÚNIOR

Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Dupla Titulação de Doutorado em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia (Unipg). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Unesa). Pós-graduado em nível de Especialização pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e também pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Academia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Autor da Teoria Complexa do Direito e criador do método de gestão judicial de Triagem Complexa.

PAULO BUENO AZEVEDO

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito Santo André (FADISA) e na Universidade de Mogi das Cruzes (UMC).

PAULO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA

Doutorado e mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, FADUSP. Especialização em Direito do Trabalho, Instituto de Direito do Trabalho – Faculdade de Direito de Lisboa, IDT, Portugal.

Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica de Campinas, PUC Campinas. Professor Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2011. Professor associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM e Desembargador Federal do Trabalho no TRT da 2ª Região - SP.

RAFAEL ESPÍNDOLA BERNDT

Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-graduado em nível de Especialização pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Fundação Getúlio Vargas (FGV), Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC) e pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina.

RODRIGO ZACHARIAS

Doutor em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito (Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) no Centro Universitário de Bauru (Instituto Toledo de Ensino). Especialização em Direito Público na FADOM, atualmente Faculdades Pitágoras, unidade Divinópolis-MG. Especialização em Curso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti na Universidade de Pisa, Itália. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Juiz federal. Ex-juiz de direito em São Paulo e ex- promotor de justiça em Minas Gerais. Atualmente é professor de Introdução ao Estudo do Direito nas Faculdades Integradas de Jaú/SP. Foi professor de Processo Penal na FADOM (Divinópolis/MG), de Direito Previdenciário na Unip (unidades de Campinas/ SP e Bauru/SP) e de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da ITE, em Bauru/SP. Formador credenciado na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

SANDRO LÚCIO DEZAN

Graduado em Geografia, pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (1996); Graduado em Direito, pela Universidade Vila Velha - UVV (2000); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de

Direito de Vitória - FDV (2007); Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (2016); Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal (2017); Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (2018). Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação em Direito e do Mestrado e do Doutorado no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Políticas Públicas (PPGD), do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Investigador Não Integrado do Centro de Investigação da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), no Centro de Justiça e Governança (JusGov), Grupo JusCrim - Justiça Penal e Criminologia, e no Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII), Braga, Portugal; Professor de Direito Constitucional, de Direito Administrativo, de Direito Penal e de Direito Processual Penal, no Programa de Pós-graduação Lato Sensu, da Escola Superior da Polícia Federal do Brasil (Escola de Governo). Atualmente, dedica-se ao estudo da Teoria da Decisão Administrativa (Fenomenologia e Hermenêutica do Direito Administrativo), como Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, vinculado à Área de Concentração Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento, no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

SUMÁRIO

EDITORIAL	17
ARTIGOS	
Marketplace nas Compras pelo Poder Público no Brasil <i>Marketplace in Purchases by the Government in Brazil</i> Clarissa Sampaio Silva Daniel Macedo Tavares Cruz.....	21
(Sobre)Vivendo nas Prisões: Uma Análise Sobre as Violações aos Direitos Humanos das Mulheres Presas no Brasil <i>(On) Living in Prisons: An Analysis of Violations to the Human Rights of Women in Prisons in Brazil</i> Georga Bernhard Marli Marlene Moraes da Costa	47
A Compatibilidade da Confidencialidade da Arbitragem com o Princípio da Publicidade da Administração Pública <i>The Compatibility of Confidentiality in Arbitration With the Principle of Publicity in Public Administration</i> Humberto Cunha dos Santos	67
O Termo de Ajustamento de Gestão (Tag) e seu Regime Jurídico nos Tribunais de Contas Brasileiros <i>The Management Adjustment Term (Tag) and its Legal Regime in the Courts of Accounts</i> José Roberto Pimenta Oliveira Bruno Vieira da Rocha Barbirato	87
A Autocomposição na Administração Pública pela Perspectiva da Análise Econômica do Direito <i>Self-Composition In Public Administration From the Perspective of The Economic Analysis of Law</i> Juliana Ribeiro Goulart Lyza Anzanello de Azevedo Luiz Henrique Urqhart Cademartori.....	113
Processos Administrativos Disciplinares: Agilizar é Preciso. <i>Disciplinary Administrative Process: Speeding up is Precise</i> Luciano Rosa Vicente Sandro Lúcio Dezan.....	133

Meios Adequados de Resolução de Conflitos Envolvendo o Poder Público: Fundamentos, Instrumentos e Especificidades no Direito Brasileiro <i>Appropriate Methods of Conflict Resolution Involving the Public Authorities: Foundations, Instruments and Specificities in Brazilian Law</i> Lúcio Picanço Facci	163
A Era Vargas e Suas Consequências no Direito Administrativo Brasileiro <i>The Vargas Era and its Consequences in Brazilian Administrative Law</i> Mauricio Mesurini da Costa	189
Perfil de Inadimplência de Créditos Inscritos em Dívida Ativa de Autarquias e Fundações Públicas Federais <i>Default Profile of the Stock of Credits from Brazil'S Federal Autarchies and Public Foundations</i> Murillo Cesar de Mello Brandão Filho Elias Jacob Menezes Neto Caio Castelliano de Vasconcelos	215
Uma Análise da Teoria do Discurso em Face da Realidade Democrática Brasileira <i>An Analysis of Discourse Theory in the Face of Brazilian Democratic Reality</i> Murillo Franco Camargo Paulo Eduardo Vieira de Oliveira	245
Aspectos Destacados do Direito à Liberdade de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à Luz das Teorias Pós-Positivistas <i>Highlighted Aspects of the The Freedom of Press Right in the Jurisprudence of the Supreme Court in the Light of Post-Positivist Theories</i> Orlando Luiz Zanon Júnior Rafael Espindola Berndt	269
Miserabilidade e Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Dos Critérios Aritméticos da Renda Familiar ao Teste de Meios <i>Miserability and Welfare Benefit: From the Arithmetic Criteria of Family Income to Means Test</i> Rodrigo Zacharias Cristiane Fátima Grano Haik Paulo Bueno Azevedo.....	297

EDITORIAL

Prezado leitor,

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal tem a satisfação de apresentar novo número da Revista da AGU, composto por doze artigos recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”, em conformidade com as normas editoriais do periódico.

Em observância à ordem alfabética dos autores que contribuíram para este número da Revista, a sequência de artigos é inaugurada pelo trabalho de Clarissa Silva e Daniel Cruz, que examinam a viabilidade jurídica da adoção, pela Administração Pública, de um modelo de marketplace, consistente em uma plataforma digital que integre compradores, fornecedores e produtos, com o objetivo de dotar o Estado de maior eficiência na realização de compras e na contratação de serviços prestados por particulares.

Diante do diagnóstico de progressivo aumento do encarceramento feminino no Brasil, Georgea Bernhard e Marli Costa sustentam a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas a diminuir os índices de criminalidade, a enfrentar a crise observada no sistema prisional e a garantir tratamento digno às mulheres presas.

O estudo elaborado por Humberto Santos busca compatibilizar a confidencialidade do procedimento arbitral com o princípio constitucional da publicidade, notadamente nas arbitragens que envolvam a resolução de conflitos entre agentes privados e entes da Administração Pública.

José Roberto Oliveira e Bruno Barbirato exploram as potencialidades, os pressupostos, os limites e os desafios relacionados ao desenvolvimento da atividade consensual pelos Tribunais de Contas brasileiros, conferindo destaque para a celebração dos termos de ajustamento de gestão entre os órgãos de controle e as entidades controladas.

Juliana Goulart, Lyza Azevedo e Luiz Henrique Cademartor investigam se a Análise Econômica do Direito pode auxiliar a Administração Pública a diagnosticar casos a serem resolvidos pela via do consenso e como as soluções autocompositivas podem resultar em ganhos de eficiência para o Estado.

Luciano Vicente e Sandro Lúcio Dezan propõem-se os objetivos de descobrir e apresentar práticas processuais capazes de agilizar a tramitação dos processos administrativos disciplinares no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. O estudo foi desenvolvido a partir de informações extraídas do painel “Correição em Dados”, disponibilizado pela Controladoria-Geral da União, e resultou na formulação de dez medidas de combate à morosidade processual disciplinar.

Lúcio Facci aborda a aplicação dos meios adequados de resolução de conflitos nas controvérsias que envolvam o Poder Público, conferindo ênfase às peculiaridades do regime jurídico de Direito Público e às limitações ao poder do Estado de transigir, a exemplo da incidência dos princípios da isonomia e da publicidade dos atos administrativos, bem como da observância à regra do uso de precatórios para o pagamento de dívidas públicas.

Mauricio Costa empreende detalhado resgate histórico para estimar em que medida as transformações políticas, econômicas e sociais ocorridas no Brasil no período de 1930-45 afetaram o Direito Administrativo então em vigor no País, com destaque para a criação e readequação de mecanismos administrativos de regulação e intervenção na economia e para a construção de uma nova estatalidade burocrática nacional.

Em pesquisa jurimétrica realizada com a utilização de dados extraídos do Sistema Sapiens da Advocacia-Geral da União, Murillo Brandão Filho, Elias Menezes Neto e Caio Vasconcelos concluíram ser possível observar um padrão estruturado de inadimplência de créditos de entidades federais, capaz de potencializar a recuperação de ativos públicos.

Murillo Camargo e Paulo Eduardo de Oliveira apresentam uma análise da teoria do discurso de Jürgen Habermas em face da realidade democrática brasileira. No entendimento dos autores, embora a teoria de Habermas seja sofisticada, sua aplicação prática se restringe a países desenvolvidos, cujos cidadãos podem efetivamente participar das escolhas políticas, o que não seria o caso do Brasil.

Adotando, como referenciais teóricos, elementos extraídos do substancialismo de Ronald Dworkin, do procedimentalismo de Robert Alexy e do pragmatismo de Richard Posner, Orlando Zanon Júnior e

Rafael Berndt dissertam sobre o tratamento jurídico conferido ao direito fundamental à liberdade de expressão pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o artigo de Rodrigo Zacharias, Cristiane Haik e Paulo Azevedo versa sobre o benefício assistencial de prestação continuada, especialmente no que diz respeito aos critérios utilizados na caracterização dos requisitos exigidos para a sua concessão. Em seu entendimento, a aferição da miserabilidade a partir do critério legalmente estabelecido, que se baseia no valor da renda familiar per capita, é inadequada para diversas situações, nas quais se recomenda a realização de verdadeiro teste de meios, caracterizado pela utilização de outras variáveis e circunstâncias relevantes na avaliação da elegibilidade ao benefício.

A Escola Superior da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico e convida o leitor a apreciar os trabalhos científicos ora publicados, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Coordenador-Geral de Pós-graduação da Escola Superior da AGU

RECEBIDO EM: 10/10/2022

APROVADO EM: 05/12/2022

MARKETPLACE NAS COMPRAS PELO PODER PÚBLICO NO BRASIL

MARKETPLACE IN PURCHASES BY THE GOVERNMENT IN BRAZIL

Clarissa Sampaio Silva¹

Daniel Macedo Tavares Cruz²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contratações e marketplace. 2. *Marketplace* no Brasil: riscos e desafios. 3 Experiências internacionais e *marketplace* no Brasil. Conclusão. Referências.

-
- 1 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1994), Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999) e Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (2007), devidamente revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco (2008). Professora da Universidade de Fortaleza do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos (Gestão de conflitos com o Setor Público) na graduação (Direito Administrativo). Advogada da União.
 - 2 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará e pós graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Mestrando da Universidade de Fortaleza em Direito e Gestão de Conflitos. Gerente jurídico da Companhia de Desenvolvimento do Complexo Industrial e Portuário do Pecém.

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a evolução dos procedimentos de compras do poder público brasileiro e os princípios que lhes sustentam, tendo buscado, por meio de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e exploratória, abordar a possibilidade jurídica de se adotar uma modelagem de *marketplace* na Administração Pública, o que lhe permitiria efetuar aquisições à semelhança do setor privado. Tal sistema consiste em uma plataforma digital integradora de compradores, fornecedores e produtos, estabelecida com o fito de aproximar a Administração de seus benefícios, dotando o Estado de maior eficiência em suas compras e serviços. O estudo volta o olhar também para os desafios de sua implementação e as respectivas formas de superação, com base, inclusive, na experiência internacional, a ajustar o *marketplace* aos preceitos constitucionais administrativos e ao ordenamento legal estabelecido no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: *Marketplace*. Administração Pública. Compras. Vantagens. Possibilidade constitucional e legal.

ABSTRACT: This article discussed the evolution of the meanings and the history of the procurement procedures of the public power and the basic principles that support it and evaluating the concept of marketplace, through a bibliographic research, to address the legal possibility of adopting a marketplace modeling within the Public Administration, allowing it to carry out its acquisitions in the same way as the private sector. That system is a digital platform, which integrates buyers, suppliers and products, with the aim of bringing the Administration closer to the benefits of this system, providing it to the State more efficient in your purchases and services. To this end, the study looked at the challenges of its implementation and how to overcome them, as well as whether this structuring conforms to the administrative constitutional precepts and the established legal system.

KEYWORDS: Marketplace. Public Administration. Pursaches. Profits. Constitutional and legal possibility.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, com as competências que lhe são conferidas pela Constituição Federal, necessita adquirir produtos e serviços de particulares, o que é realizado pelo processo licitatório, por força do artigo 37, inciso XXI, da Carta Constitucional, seguindo as premissas e os princípios que regem a sua atuação. Destarte, o Estado deve agir em observância à eficiência, economicidade e redução do desperdício do dinheiro público; e, para tanto, precisa adotar medidas que influam na qualidade dos serviços prestados, na desburocratização das atividades e na celeridade de seus atos.

Contudo tal aquisição de produtos e serviços ainda tem ocorrido por um processo lento, consumindo, mesmo em situações de mínima complexidade, muitos recursos públicos e relevante tempo de trabalho dos agentes administrativos. A falta de agilidade pode ser claramente percebida em análise desenvolvida pela Controladoria Geral da União (CGU..., 2017) a respeito do pregão. Referida modalidade licitatória – conhecida pelo seu perfil mais célere em relação às demais – dura, apenas em sua fase interna, cerca de 37 dias, prazo praticamente replicado no momento que antecede a publicação do edital. Ou seja, em média, a efetiva compra de um bem ou serviço comum pela Administração demora mais de sessenta dias.

Algumas alternativas voltadas à melhoria do ambiente negocial das licitações públicas têm se destacado, notadamente por tentarem trazer à tradicional sequência de atos do procedimento licitatório a eficiência das compras do setor privado sem ignorar as premissas constitucionais regentes. E é com esse enfoque que o presente artigo se apresenta, elegendo, como recorte temático, o *marketplace* e a possibilidade de sua utilização pela Administração Pública brasileira, cabendo destacar que tal tema insere-se nas novas perspectivas da própria Administração Pública Digital, do Governo Digital.

Após a necessária exposição de suas características, são descritos os riscos e obstáculos conjecturados para a implementação de uma plataforma de *marketplace* no País, com a indicação de eventuais pontos de fragilidade, seguidos das esperadas funcionalidades e vantagens para o sistema de compras públicas pátrio. Ao final, discorre-se sobre a hodierna forma de utilização do *marketplace* no âmbito internacional, examinando-se de que maneira certos Estados vêm contornando carências do sistema e sinalizando-se quais experiências poderiam ser incorporadas ao ordenamento jurídico-administrativo brasileiro.

O presente artigo possui, como objetivo geral, investigar a utilização do *marketplace* na esfera administrativa e a viabilidade de sua realização à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Quanto aos objetivos específicos, pretende-se: avaliar o conteúdo do *marketplace* e se sua implementação na Administração possui respaldo legal e principiológico, a superar as restrições já estabelecidas; apresentar os institutos previstos na legislação dos quais a plataforma pública pode se valer para se estruturar, assim como a importância de sua constituição; apontar, com base em experiências internacionais, quais técnicas podem ser melhor aproveitadas no referido processo de compra; investigar se o *marketplace* seria um meio público eficiente de aquisição de produtos e serviços no contexto da pandemia do covid-19.

Sobre a metodologia empregada, foi realizada pesquisa de caráter qualitativo e exploratório, almejando o levantamento de informações, dados e considerações de índole doutrinária sobre a temática do *marketplace*. Por oportuno, saliente-se que os trabalhos científicos pertinentes ao seu uso na seara pública são ainda escassos, notadamente devido à característica hodierna da matéria.

Em atenção aos mais recentes entendimentos doutrinários sobre o tema ora introduzido, pretende-se, de forma indutiva, explicitar a importância de uma atuação administrativa atenta não apenas à seleção dos fornecedores mais adequados como também às inovações tecnológicas, aos novos hábitos de consumo da sociedade, ao descompasso do atual formato das compras públicas e às consequências da pandemia do covid-19. Tudo isso, por certo, sem desconsiderar os preceitos da eficiência, eficácia, transparência e impessoalidade, tão afeitos à gestão pública, estudando-se as formulações legislativas, em especial a nova Lei de Licitações.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL, CONTRATAÇÕES E MARKETPLACE

A revolução da tecnologia da informação, descrita por Castells (2021, p.71), atingiu profundamente as formas de relacionamento e produção, nos mais variados domínios econômicos e sociais, não tendo como deixar de fora o setor público, até mesmo pelo protagonismo da Administração Pública na sociedade de informação, segundo Brega (2015, p.18), a qual é detentora imensa gama de dados, de diversas ordens, sobre pessoas, organizações, governos.

Muito mais do que a eliminação do papel e a transferência de informações para o meio eletrônico, a Administração Pública Digital, ou

o Governo Digital, expressão utilizada pela Lei nº 14.129/2021, implica novos meios de interação entre os entes públicos e a sociedade, bem como de condução de procedimentos em seus domínios internos, manifestando-se em diversos planos, de acordo com Leindorf (2023, p.71) como a e-governança, a incidir no *modus operandi* interno administrativo (como exemplo, a utilização de plataforma digital para prática de atos relativos à vida de servidores públicos, como marcação de férias, licenças, consultas aos dados funcionais de forma geral); a e-serviços, e que corresponde ao relacionamento com cidadãos (desde prestação de informações fiscais, obtenção de certificados, realização de inscrições em certames em geral, obtenção de informações, marcação de consultas médicas, exames); a e-democracia, que cuida da participação da sociedade nos processos de tomadas de decisões estatais, via, por exemplo, consultas e audiências públicas.

Além dos setores acima destacados, não poderia ficar à margem de todas as modificações provocadas pela chamada Quarta Revolução Industrial o importantíssimo setor da contratação pública, consoante destaca, na doutrina portuguesa, Cavaleiro (2021, p.112), até mesmo em razão “do processo de globalização do comércio internacional, de atuação em rede, com particular enfoque nos domínios da informação, da criação de riqueza e da internacionalização das sociedades e organizações.”

A utilização dos meios tecnológicos na contratação pública, ainda conforme Cavaleiro (2021, p.112), suscita questões relacionadas à transparência e à eficiência na formação e execução contratual. Já no Brasil, Iwakura, Cabral e Sarai (2022, p.38) apontam que a tecnologia, em tal campo, pode ser utilizada como instrumento de gestão e como meio de controle e fiscalização, além de poder figurar como objeto contratual e, também, como instrumento processual.

Dentro do contexto das implicações da tecnologia nas contratações públicas é que se passa a analisar a figura do Marketplace.

Nóbrega e Torres (2020, p. 9) discorrem acerca do conceito de marketplace, preceituando-o como um espaço digital na internet onde ocorrem transações comerciais. Tal espaço, portanto, seria uma comunidade eletrônica formada por sistemas integrados de compradores e fornecedores. Em síntese, pode-se afirmar que se trata de uma plataforma capaz de habilitar vendedores e demandantes para interagirem em tempo real (FRANCO, 2019, p. 13), funcionando como uma espécie de shopping virtual (KUVIATKOSKI, 2022).

Compreende-se que a conceituação não se limita ao fornecimento de bens e serviços para o consumidor final (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 9), visto que remete ainda a outras relações comerciais, como as que se dão entre empresas (*B2B – business to business*), empresas e consumidores (*B2C – business to consumer*), empresas e Governo (*B2G – business to Government*) e Governo e cidadão (*G2C – Government to Citizen*). Desse modo, o *marketplace* se fixa como uma central digital de compra e venda que envolve interessados de diversas ordens, a congregar seus objetivos (GARCIA; MARTINS, 2021, p. 5).

Sobre as contratações pela Administração Pública, convém ressaltar que a escolha dos fornecedores consiste em um processo complexo e, muitas vezes, demorado. Ele passa pelo planejamento e pela definição da pretensão da contratação, terminando com a publicação do ato e a realização da sessão para o recebimento das propostas de preços, mesmo para as compras mais simples (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 8). Essa formatação difere das aquisições feitas por consumidores comuns e empresas privadas, que podem se valer tão somente da consulta de sites que agregam especificações e valores de várias lojas.

Como descreve Bouzo (2021, p. 2), a última dinâmica se serve de algoritmos alimentados com informações dos próprios consumidores e vendedores – experiência do usuário –, permitindo o autoaprimoramento da técnica do sistema agregador e, consequentemente, a facilitação do seu manuseio pelas partes envolvidas. Ademais, na medida em que empresas e cidadãos utilizam o mecanismo em suas transações, cresce a indagação acerca da viabilidade de se inverter a lógica de compras da Administração, investigando-se a possibilidade de os fornecedores oferecerem seus produtos e serviços ao poder público por plataforma semelhante (C. ZOCKUN; M. ZOCKUN, 2020, p. 82).

Franco (2019, p. 38) pondera que, nesse caso, é essencial se atentar para a manutenção do equilíbrio entre concisão e precisão na especificação do objeto, de modo a evitar uma competição restrita e não lesionar o princípio da isonomia. De fato, o estabelecimento de critérios prévios de escolha e de medidas como o sorteio – havendo identidade de produto/serviço e muitos interessados no mesmo valor – devem impedir a contratação constante de um único fornecedor (FREITAS; NASCIMENTO, 2021, p. 58). Além disso, a promoção da publicidade é imprescindível; afinal, um alcance mais abrangente tende a oferecer ao *marketplace* uma competição cada vez maior (SANTANA, 2021, p. 21).

Conforme o já colocado, questionamentos a respeito da abertura da Administração Pública para o emprego da aludida sistemática em suas contratações têm sido cada vez mais presentes (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 9). Nesse sentido, identifica-se uma gradativa mudança legislativa no que concerne ao sistema de contratações públicas, merecendo destaque a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.4622/2011).

Nóbrega e Torres (2020, p. 6), no entanto, criticam essas alterações, defendendo que elas permanecem carentes de racionalidade e dependentes da superação de sistemas burocráticos fincados na estrutura das contratações públicas. Isso posto, resta oportuno também se mencionar o entendimento de Garcia e Martins (2021, p. 2) para os quais a licitação tem que se voltar ao encontro da melhor proposta – e não a sua fixação estrita no processo em si: “É isso que os princípios constitucionais impõem aos gestores públicos. Logo, o processo, quaisquer que sejam a tecnologia e a metodologia nele empregadas, deve servir para estimular o mercado a ser competitivo e a dele participar”.

Ao encontro do acima transcrito, reitera-se que o *marketplace* coloca os compradores perante mais fornecedores, o que amplia as opções e, por conseguinte, leva à obtenção de melhores preços (ALTURAS; PEREIRA, 2007, p. 3). Outrossim, a plataforma pública permitiria, simultaneamente, a atualização e simplificação do procedimento licitatório, viabilizando a alimentação do portal de fornecedores até mesmo com a avaliação (rating) de cada contratação realizada e a automação da situação cadastral dos envolvidos, de modo a ultrapassar o modelo burocrático tradicional (FRAGAS, 2021, p. 60).

A ideia teria o potencial de formar um sistema de cadastro de fornecedores a serviço de vários órgãos administrativos (GARCIA; MARTINS, 2021, p. 6), congregando os gestores públicos em uma mesma ferramenta. À semelhança dos atuais shoppings virtuais – como *Amazon*, Mercado Livre e *eBay* –, a compra pública seria concluída em poucos cliques (C. ZOCKUN; M. ZOCKUN, 2020, p. 82), após a análise de ofertas apresentadas por uma gama de fornecedores e através de um único site, o que alargaria a concorrência, reduziria custos com pesquisa e proporcionaria maior segurança às transações (FRANCO, 2019, p. 14).

Admite-se ainda que, ao operar de maneira mais abrangente que as licitações presenciais, o mecanismo em estudo seria capaz de atenuar

a problemática da colusão entre licitantes, diminuindo, dessarte, as chances de conhecimento prévio dos concorrentes e de celebração de acordos espúrios (MACHADO; PEDRA, 2022). Todavia as compras pela via do *marketplace* não estariam imunes a fraudes, posto que os fornecedores poderiam se valer de meios informáticos – *machine learning*, *blockchain* etc. – para ajustar os preços de acordo com as demandas buscadas (RESENDE, 2021).

Tais práticas anticompetitivas são rotineiramente enfrentadas pelo setor privado e exigem o contínuo desenvolvimento de ferramentas informáticas capazes de examiná-las, identificá-las e impedi-las (RESENDE, 2021). Logo, o incremento do *marketplace* público também requereria preocupações nesse sentido, como o fortalecimento das estruturas de tecnologia da informação dos órgãos compreendidos e o estabelecimento de sanções severas aos seus fraudadores.

Convém aduzir que a fixação prévia de preços, por exemplo, é prática já vedada pela Lei de Defesa de Concorrência (Lei nº 12.529/2011), que a identifica como espécie de conduta anticompetitiva, ex vi artigo 36, § 3º, inciso VII³. De acordo com a legislação, a empresa infratora fica sujeita a multa – que pode chegar a 20% do faturamento bruto –, sem prejuízo da penalização dos administradores (BORDIERI; SANTOS, 2021).

Explicitadas as vantagens esperadas com a implementação de um *marketplace* voltado à Administração, resta necessário trazer também os pontos negativos sinalizados pela doutrina. São levantados, entre outros, o deficitário acesso público à internet e a fragilidade das transações virtuais. Esta, por exemplo, exigiria a contratação de complexos sistemas informáticos de proteção, o que, porventura, encareceria o sistema (FRAGAS, 2021, p. 56). Acrescenta-se às possíveis barreiras a própria institucionalização do *marketplace*, os custos de sua implementação, a adequação de *softwares* e as potenciais incertezas dos participantes em relação ao uso da ferramenta (FRANCO, 2019, p. 26).

Sem embargo das eventuais barreiras, Alturas e Pereira (2007, p. 3) lembram que a plataforma digital de compras, além de constituir um meio eficiente, eficaz, competitivo – o que lhe atribui a qualidade de equitativo

3 Art. 36, § 3º, VII, da Lei nº 12.529/2011: “regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição” (BRASIL, 2011c).

– e transparente, reduz os custos das transações, levando a um impacto significativo na rentabilidade das organizações. Também nesse sentido:

Obviamente, a potencialidade para o uso do *e-marketplace* é ainda mais ampla, podendo ser utilizada como uma forma de substituição de produtos usualmente licitados por meio do pregão eletrônico, constituindo-se, pois, em um ambiente virtual para aquisições rotineiras. A finalidade do *e-marketplace* para compras públicas é reduzir os custos processuais e atingir ganhos em termos de transparência e ampliação da concorrência, além de levar a uma redução de conluios em processos licitatórios (C. ZOCKUN; M. ZOCKUN, 2020, p. 83).

Sabendo-se que a rede é estabelecida em plataforma de compras disponível na internet, com a qual as pessoas já detêm maior familiaridade, merecem novo destaque as vertentes de transparência e publicidade do marketplace, especialmente se comparadas à exigência de publicização em diário oficial, cuja leitura não faz parte do cotidiano da população (GARCIA; MARTINS, 2021, p. 5).

Ademais, o método, por sua natureza, admite o denominado *rating* (ou *signaling*) de fornecedores; cada contratação exitosa repercute positivamente perante outros compradores, caracterizando o vendedor como habilitado para fechar outras compras (TADELIS, 2016, p. 7). Por outro lado, a má prestação do serviço ou o atraso na entrega do objeto implica no seu afastamento, em uma espécie de seleção natural. Apenas os mais capacitados permanecerão e povoarão o sistema em cadeia.

Trata-se de iniciativa que, se exitosa, permitirá a aproximação do exercício do direito administrativo com o conceito de governo digital, para o qual se estruturam as bases das políticas públicas para disseminação de tecnologias no setor público, aproveitando-se a revolução tecnológica para realizar uma abordagem diferenciada na prestação dos serviços (CARVALHO, 2020, p. 119).

Ampliar-se-ia, dessa maneira, as estratégias em benefício da sociedade, com um ecossistema tecnológico capaz de gerar impactos significativos, a conectar o Estado com o seu povo, integrando-o e permitindo a soma de interesses para o atingimento de um fim comum (FRAGAS, 2021, p. 64). Ademais, haveria melhor acesso às informações públicas e à simplificação dos processos, dando maior transparência à atuação do governo, além do constante desenvolvimento de uma arquitetura

tecnológica dos meios administrativos afeitos à consecução de seus escopos (CARVALHO, 2020, p. 144).

Diante de todo o exposto, resta claro que a institucionalização do *marketplace* na seara administrativa poderia mudar contundentemente o modelo de aquisições públicas no Brasil (FRAGAS, 2021, p. 56). E isso viria em boa hora, de modo a otimizar a aquisição de produtos, reduzir os custos das transações e formar uma plataforma digital consistente e capaz de servir diversos órgãos públicos (C. ZOCKUN; M. ZOCKUN, 2020, p. 84).

2. MARKETPLACE NO BRASIL: RISCOS E DESAFIOS

Já foi sublinhado que, para alcançar integralmente toda sua eficiência, a adoção do *marketplace* deve passar pelo desfazimento de certas concepções de controle formal típicas das iniciativas administrativas, permitindo o foco no resultado, nesse caso, a compra pública de bens e serviços (GARCIA; MARTINS, 2021, p. 6). Ademais, a implementação da ferramenta não pode prescindir da prévia elaboração de uma estratégia:

Para construir qualquer tipo de sistema de comércio eletrônico, é requerida uma estratégia, isto é, uma visão de objetivos a alcançar, uma clara e racional visão do valor de negócio e uma imagem do processo a atingir como objetivo, enquanto se evitam os perigos mais comuns. Essa estratégia tem que incluir o entendimento do impacto do comércio eletrônico na estrutura de uma indústria, o potencial para novos modelos de negócios e as oportunidades para vantagem competitiva (ALBERTIN, 2001, p. 141).

Como ensinam Nóbrega e Torres (2020, p. 11), uma conversão irrefletida pode não provocar a esperada ampliação da competitividade. A título de ilustração, se o mercado não for apto para atuar nesse ambiente, a exemplo do que ocorre em pequenas localidades, tais praças, além de não encontrarem estrutura tecnológica minimamente preparada para a disputa, acabarão por acentuar as desigualdades. Afinal, os pequenos comerciantes e as empresas de pequeno porte não terão condições de concorrer contra grandes corporações, que verão no *marketplace* a oportunidade de se estender mais facilmente nesses territórios (BOUZO, 2021).

A problemática traz à baila os seguintes questionamentos:

Deste modo, há mais agentes econômicos envolvidos nas contratações públicas com direito a tratamento diferenciado do que apenas as MEs

e EPPs. Estamos a versar, pois, também de agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas. Nesta feita, permanece a questão: todas essas pessoas serão abraçadas pelo *e-marketplace* governamental? Como será feito o tratamento diferenciado na plataforma digital? Infelizmente, não temos resposta para essa pergunta, que poderá colocar em xeque a utilidade desse sistema perante o ordenamento jurídico pátrio se não houver alteração legislativa nesse ponto (C. ZOCKUN; M. ZOCKUN, 2020, p. 84).

Indaga-se ainda se a adoção pelo poder público de plataformas privadas na gestão do *marketplace* traria inconveniências, haja vista uma maior abertura à concentração e aos direcionamentos de quem hospeda a plataforma (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 12). Vislumbra-se que a eleição de um órgão definitivamente privado para a função o conferiria, ao fim e ao cabo, uma posição dominante perante o mercado, detendo a capacidade de agir para influenciar a própria concorrência e colocar em condição desfavorável o contratante e/ou determinados fornecedores.

Sob outra perspectiva, a construção de uma ferramenta estritamente criada e gerenciada pelo Estado também remete a complicações, visto que a estrita vinculação a exigências atinentes à regularidade, como habilitações fiscais e trabalhistas, pode diminuir a presença de potenciais fornecedores (C. ZOCKUN; M. ZOCKUN, 2020, p. 84). Sobressai que tais exigências privariam de sentido a existência da plataforma, reduzida à burocracia, perdendo a oportunidade de expandir a concorrência e obter os melhores produtos, serviços e preços para a Administração Pública (C. ZOCKUN; M. ZOCKUN, 2020, p. 85).

Critica-se igualmente o papel do administrador público, muito preso às amarras burocráticas, realizando licitações no formato tradicional. A limitação ao senso comum formalista certamente pode restringir a abrangência do *marketplace*, voltando sua utilização apenas para bens e serviços genéricos, em confusão com o conceito de bens e serviços comuns, já regulado e estruturado pela Lei nº 10.520/2002, que cuida do pregão (NÓBREGA; TORRES, 2020). O cenário tornaria reticente o seu manuseio pelos agentes públicos, uma vez que o procedimento do pregão – inclusive em seu formato eletrônico – já é uma experiência na qual eles se sentem confortáveis.

Em suma, a consolidação da novel estrutura perpassa por mudanças não só quanto à formatação de um sistema confiável, mas também por alterações no comportamento dos agentes públicos e nas rotinas dos

órgãos e entidades (FREITAS; NASCIMENTO, 2021, p. 65). Mostra-se fundamental a descontinuidade de políticas administrativas antigas, redesenhando-se a estrutura administrativa e estabelecendo-se novos padrões para a Administração como um todo (ARENAS, 2016, p. 5):

Romper com o tradicional formalismo em nosso Direito Administrativo contratual talvez seja nosso maior desafio, para a implantação de um *e-marketplace* nas contratações públicas. Como convencer, por exemplo, nossas autoridades públicas a admitir preço dinâmico, característico nas plataformas existentes no mercado? (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 16).

Sugere-se, para o alcance desse nível, a fixação de garantias que assegurem o objeto avançado e acautelem os interesses patrimoniais eventualmente atingidos (C. ZOCKUN; M. ZOCKUN, 2020, p. 92). De resto, ainda que instituído, o *marketplace* não substituirá os processos licitatórios, porquanto haverá contratações que exigirão especificidades e complexidades incompatíveis com a modalidade. Nem os entes privados a utilizam para todas e quaisquer aquisições (GARCIA; MARTINS, 2021, p. 7).

A formatação se revela útil para a compra de bens e serviços padronizáveis, encontrados com facilidade no mercado (GARCIA; MARTINS, 2021, p. 2), como luvas, máscaras cirúrgicas, álcool em gel, produtos de limpeza e outros insumos de grande importância para a proteção da pessoa humana contra o vírus da covid-19. Nessa perspectiva, foi sancionada a Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre medidas inerentes ao enfrentamento da então emergência de saúde pública, como a dispensa de licitação, temporária e específica, para a aquisição direta dos aludidos itens (FIUZA; LOPES; MEDEIROS; B. SANTOS; L. SANTOS, 2020, p. 36), apenas enquanto perdurar o estado de emergência pública internacional.

Expôs-se, na realidade, a fragilidade das estruturas voltadas à obtenção desses suprimentos, que, por muito tempo, não se revelaram suficientes, especialmente em um cenário de concorrência predatória. Tanto o poder público quanto o setor privado necessitaram ir ao mercado para tentar adquirir insumos de combate à pandemia (FIUZA; LOPES; MEDEIROS; B. SANTOS; L. SANTOS, 2020, p. 36):

Em suma, os fatos relatados são as evidências recentes mais eloquentes da disfuncionalidade do sistema de compras governamentais brasileiro: entes compradores não se coordenam, e essa falta de articulação

os deixa em posição desvantajosa frente aos vendedores; essa desvantagem se acentua em momentos de restrição de oferta como a atual; as sistemáticas existentes de compras coordenadas e de meios de pagamento não são nem flexíveis nem ágeis o suficiente para lidar com flutuações de mercado, em particular durante crises de abastecimento; e o controle de qualidade das compras é incapaz de prevenir compras de equipamentos fora das especificações (FIUZA; LOPES; MEDEIROS; B. SANTOS; L. SANTOS, 2020, p. 10).

A experiência foi considerada paradigmática para a reavaliação dos meios públicos de compra dispostos na legislação pátria. Decerto, a iniciativa propugnada pela Lei nº 13.979/2020 propiciou um enfrentamento menos vexatório da crise. Isso posto, percebe-se que a estruturação do *marketplace* público também teria sua valia no confronto, ante a especificidade e velocidade em relação a outros compradores, mormente em um momento de escassez de produtos.

O instituto pode despertar como uma grande oportunidade para a inovação e aproximação de métodos comuns e vantajosos no mercado privado (GARCIA; MARTINS, 2021, p. 4). A dinamicidade de fornecedores proporciona flexibilidade aos preços e os individualiza de acordo com as variáveis, tanto no que se refere àquele âmbito em específico quanto ao histórico de compras já realizadas, permitindo ao sistema o alcance do melhor preço (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 22).

Requer-se, pois, que as noções tradicionalistas e formalísticas sejam deixadas de lado, de maneira a garantir a participação adequada dos gestores, a certificação e efetividade do procedimento e o acesso dos fornecedores à plataforma (FRAGAS, 2021, p. 93). E isso pede um inevitável impacto, que simplifica o processo e a centralização das compras públicas que com ele são compatíveis (NÓBREGA; TORRES, 2020).

Ao se voltar o olhar para experiências que aprimoram a transparência e eficiência nas contratações públicas, é interessante se averiguar também a experiência do *marketplace* no âmbito internacional, abordando suas potencialidades e sua capacidade de superar problemas (NÓBREGA; TORRES, 2020).

3. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS E *MARKETPLACE* NO BRASIL

A atuação do poder público pressupõe o respeito ao direito fundamental à boa administração e a concepção de um ambiente favorável

a parceiros produtivos, com a finalidade de melhor executar as políticas públicas, reduzindo eventuais entraves, em especial os que abalam a confiança dos administrados (FREITAS; NASCIMENTO, 2021, p. 20). Logo, a implementação do *marketplace* governamental precisa prestigiar os princípios constitucionais administrativos – explícitos ou implícitos –, como legalidade, eficiência, economicidade publicidade e supremacia do interesse público (DURÃO; PEREIRA, 2022).

Trata-se do ponto inaugural de um modelo moderno de Direito Administrativo, em que o ordenamento deve acolher os preceitos favoráveis à constituição de uma estrutura propícia à inovação da Administração Pública (CARVALHO, 2020, p. 137). E, ao se verificar se há subsunção do método aos princípios constitucionais administrativos, é aconselhada a adoção de uma leitura também moderna, especialmente no que concerne ao princípio da legalidade. Nesses moldes, o agir estatal não se submete exclusivamente à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo (FREITAS; NASCIMENTO, 2021, p. 63).

Feitas tais considerações, indaga-se: como desenhar uma base para o *marketplace* público brasileiro que favoreça – ou incremente – a eficiência na Administração Pública (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 9)?

Em 2005, o Decreto nº 5.450 ensaiou o manuseio de meios virtuais para a realização de compras, o que se tornou obrigatório com o advento do pregão eletrônico (Decreto nº 10.024/2019), quanto aos bens e serviços comuns. Não se confunda, todavia, esse método com o *marketplace*; aquele se limita a determinada fase do procedimento licitatório (FRAGAS, 2021, p. 57). Posteriormente, surgiu o catálogo eletrônico de padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração, trazido pela Lei do Regime Diferenciado de Contratações⁴ (FERNANDES; QUEIROZ; SOARES, 2021).

Mais adiante, a Lei das Estatais conferiu às sociedades de economia mista e empresas públicas uma maior discricionariedade na implementação de modelos privados, o que viabilizou a recepção de instrumentos típicos de *marketplace* de forma imediata (FIUZA; LOPES; MEDEIROS; B. SANTOS; L. SANTOS, 2020, p. 52). Os artigos 63 a 67 racionalizaram o processo de compra e estabeleceram um procedimento auxiliar para as aquisições padronizadas, reforçando o esforço empreendido pela Lei

4 “Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei: I – pré-qualificação permanente; II – cadastramento; III – sistema de registro de preços; e IV – catálogo eletrônico de padronização” (BRASIL, 2011b).

nº 12.4622/2011 (FERNANDES; QUEIROZ; SOARES, 2021). Além disso, abriu-se espaço para cada estatal implementar o seu regime de contratação, o que inclui o estabelecimento de regras acerca do cadastro de fornecedores e da formalização de contratos.

Por último, a Lei de Licitações consolida essas previsões, estatutando também o registro cadastral pela internet, conforme o § 1º do seu artigo 87⁵, a ser realizado de forma unificada e em um portal digital específico para contratações, e ampliando as hipóteses de utilização da ferramenta para credenciamento. Prepara-se, assim, um espaço para o efetivo desenvolvimento do *marketplace* brasileiro, com maiores agilidades e menores custos transacionais (NÓBREGA; TORRES, 2020). Entretanto remanesce o debate com a sociedade, a fim de se obter contribuições efetivas para a cuidadosa conformação do sistema (BRASIL, 2020b).

Todas essas inovações legislativas fortalecem o potencial do *marketplace* no Brasil como ferramenta de compra pública, redução dos gastos públicos e celeridade dos processos administrativos (FIUZA; LOPES; MEDEIROS; B. SANTOS; L. SANTOS, 2020, p. 46). Sublinhe-se, contudo, que permanece a busca pela construção de um contexto colaborativo – uma relação ganha-ganha entre os participantes da relação (FIUZA; LOPES; MEDEIROS; B. SANTOS; L. SANTOS, 2020, p. 46).

As alterações legais, apesar de sua aproximação, ainda não tratam do *marketplace* (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 28) de forma direta, imediata e adequada (FIUZA; LOPES; MEDEIROS; B. SANTOS; L. SANTOS, 2020, p. 66). Resta essencial, portanto, a elaboração de uma plataforma que adote e permita uma parceria com a pluralidade de agentes do mercado, garantindo o ressurgimento das estruturas assistenciais e a expansão do visado modelo (FIUZA; LOPES; MEDEIROS; B. SANTOS; L. SANTOS, 2020, p. 66).

As plataformas eletrônicas têm sido muito bem recepcionadas, sobretudo após as inúmeras adaptações impostas pela pandemia do

5 “Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento. § 1º O sistema de registro cadastral unificado será público e deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados, e será obrigatória a realização de chamamento público pela internet, no mínimo anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados” (BRASIL, 2021).

covid-19 e pelo consequente distanciamento social. Ocorre que não há mais razões de ordem prática para se restringir as contratações públicas aos sistemas formalísticos e lentos definidos pela antiga Lei de Licitações (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 27). O movimento é no sentido da atualização de premissas, a fim de tornar a atividade administrativa – e a prestação do serviço público – verdadeiramente eficiente, valendo-se das inovações tecnológicas (FRAGAS, 2021, p. 57) e livrando-se de posturas conservadoras que sequer satisfazem o caráter protetivo do erário (NÓBREGA; TORRES, 2020, p. 15).

A institucionalização do *marketplace* público ganhou perspectiva concreta na medida em que se prestigiou o processo virtual de licitação. Veja-se, verbi gratia, o detalhamento legal produzido pela nova Lei de Licitações com o portal nacional de compras públicas e o processo de credenciamento de fornecedor, verdadeiras ferramentas para a construção de uma plataforma eletrônica de compras de cunho administrativista (DURÃO; PEREIRA, 2022).

Com a entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021, explicitou-se a possibilidade de se construir um portal eletrônico que organize e disponibilize ao público geral a consulta de procedimentos licitatórios (DURÃO; PEREIRA, 2022). Ademais, ao tratar do credenciamento⁶, a legislação pressupõe a viabilidade de sua utilização em hipóteses de dispensa licitatória, para compras padronizadas e mercados fluidos. Finalmente, a recente lei ainda determinou que o procedimento em específico pode ser definido em regulamento.

6 “Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: I – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas; II – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; III – em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação. Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras: I – a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados; II – na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda; III – o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* deste artigo, deverá definir o valor da contratação; IV – na hipótese do inciso III do *caput* deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação; V – não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração; VI – será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital” (BRASIL, 2021).

Da forma como foi formatado, o credenciamento possibilita flexibilidade sem os rigores previstos no contrato administrativo (NÓBREGA; TORRES, 2020). Tal preceito já seguia o que a Advocacia-Geral da União concebia para a construção de um credenciamento público, com base na pré-qualificação de todos os interessados que preenchiam requisitos previamente determinados em ato convocatório para uma futura contratação pela Administração, conforme as diretrizes da Instrução Normativa nº 05/2017 daquele órgão.

Assim, Nóbrega e Torres (2020) concluem que o credenciamento, de acordo com a nova Lei de Licitações, cria a base legal para um *marketplace* público, que pode ser melhor desenhado futuramente em regulamento, como a própria legislação permite. Os autores incentivam ainda que os gestores aproveitem a abertura para a inovação e absorção de práticas positivas em outros países para a construção do modelo brasileiro da maneira mais adequada.

A anterior Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), promulgada em uma época em que não havia internet difundida, não era hábil para fomentar o desenvolvimento de compras digitais. A par disso, a nova legislação aproveita para consignar essa possibilidade e tornar claro que ela está em consonância com os princípios da transparência e da publicidade, uma vez que permite ampla divulgação e acesso a quaisquer interessados (DURÃO; PEREIRA, 2022).

O *marketplace* governamental, ainda que vinculado às hipóteses de credenciamento e dispensa licitatória da Lei nº 14.133/2021, abarcaria uma importante fatia das compras da Administração. Ao se considerar apenas as situações de dispensa, já se alcança 50% de todas as aquisições públicas pátrias (NÓBREGA; TORRES, 2020). Cuida-se, pois, de um claro indicativo de que a melhoria na execução dos processos impactará, de forma significativa, na qualidade e agilidade dessas contratações (PAIXÃO, 2021, p. 41). Considere-se também o potencial para essa margem se tornar maior, uma vez que a nova Lei de Licitações já ampliou os valores para compra por meio de dispensa licitatória – de R\$ 8.000,00 para R\$ 50.000,00 –, exceto para obras e serviços de engenharia.

Esse caminho revela a imprescindibilidade de se traçar um olhar adequado à atuação da Administração Pública. Ela deve se dedicar à busca do modo de aquisição mais vantajoso ao Estado, despindo-se de excessos burocráticos administrativos, sobretudo por meio de interpretações que prestigiam a concorrência e a igualdade, além da publicidade, otimizando o controle público das compras administrativas (DURÃO; PEREIRA, 2022).

Um dos desafios, contudo, é permitir a realização de pagamento antecipado, tal qual o padrão seguido nas plataformas virtuais (CHAVES, 2021). Isso porque, no âmbito administrativo, a praxe é a vedação dessa conduta, *ex vi* Lei de Licitações⁷. Propõe-se, em prestígio a princípios como eficiência, razoabilidade e economicidade, harmonizar a disposição legal com uma interpretação sistemática e de concordância prática, a admitir uma solução que viabilize a medida (CHAVES, 2021).

Cumpra registrar que o Tribunal de Contas da União⁸ e a Advocacia-Geral da União⁹ já haviam atenuado a interpretação estrita dessa regra. E isso ganhou mais força com a nova Lei de Licitações, ao dispor que a antecipação do pagamento é possível se propiciar sensível economia de recursos ou constituir condição indispensável para a obtenção do bem ou serviço. Atentando-se para essa questão, para a concretização do *marketplace* administrativo, é relevante que se encaixe tal permissivo legal ao formato de plataforma digital, ante sua economicidade (CHAVES, 2021).

Como visto, consolidar e institucionalizar a ferramenta em estudo demanda mudanças comportamentais que não envolvem apenas as atribuições dos agentes públicos, compreendendo os órgãos de controle e judiciais em sua totalidade (PARADA, 2014, p. 65). Nessa toada, voltar o olhar para experiências de outros países pode ser interessante (FIUZA; LOPES; MEDEIROS; B. SANTOS; L. SANTOS; 2020, p. 66), absorvendo-

7 “Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços” (BRASIL, 2021).

8 Não obstante a correção da falha, ele considerou pertinente reforçar o entendimento de que a realização de pagamentos antecipados aos contratados somente poderá ocorrer com a conjunção dos seguintes requisitos: I) previsão no ato convocatório; II) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e III) estabelecimento de garantias específicas e suficientes, que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação. Considerando que tais requisitos não se fizeram presentes no caso examinado, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva à municipalidade (BRASIL, 2010).

9 Orientação Normativa nº 37: “A ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO SOMENTE DEVE SER ADMITIDA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA ADMINISTRAÇÃO, DEMONSTRANDO-SE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, OBSERVADOS OS SEGUINTE CRITÉRIOS: 1) REPRESENTAR CONDIÇÃO SEM A QUAL NÃO SEJA POSSÍVEL OBTENÇÃO DO BEM OU ASSEGURAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, OU PROPICIE SENSÍVEL ECONOMIA DE RECURSOS; 2) EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE LICITAÇÃO OU NOS INSTRUMENTOS FORMAIS DE CONTRATAÇÃO DIRETA; E 3) ADOÇÃO DE INDISPENSÁVEIS GARANTIAS, COMO AS DO ART. 56 DA LEI Nº 8.666/93, OU CAUTELAS, COMO POR EXEMPLO A PREVISÃO DE DEVOLUÇÃO DO VALOR ANTECIPADO CASO NÃO EXECUTADO O OBJETO, A COMPROVAÇÃO DE EXECUÇÃO DE PARTE OU ETAPA DO OBJETO E A EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO PELO CONTRATADO, ENTRE OUTRAS” (BRASIL, 2011a)

se as vantagens e verificando-se, na prática, como evitar os riscos já apontados (FRAGAS, 2021, p. 67).

O visado sistema de compras já é aplicado pela Administração de outros países. Primeiramente, pode-se relatar o caso da Itália, que, em 2002, construiu sua plataforma de *marketplace* para adquirir materiais e serviços, permitindo a consolidação de um único sistema com diversos vendedores qualificados, que fornecem os seus produtos aos órgãos públicos locais (FRANCO, 2019, p. 13).

Destaca-se também as experiências do Reino Unido, que obteve melhorias nos custos do processo e na redução dos preços, abarcando até contratos de construção de obras (FRAGAS, 2021, p. 70), e da Espanha, onde a rede de plataformas de contratação do setor público possibilitou uma melhor informatização, alinhando as pretensões administrativa e de compra (NÓBREGA; TORRES, 2020).

O caso de Hong Kong foi igualmente positivo, adotando-se um sistema que permite a automatização das compras pelo poder público, o que trouxe a elas eficiência e sistematizou uma cadeia de suprimentos (FRAGAS, 2021, p. 69). Em resumo, todas são experiências que exigiram uma reflexão do administrador público, desfazendo procedimentos burocráticos para, em um ato de assimilação dos sistemas automáticos, informatizados e específicos, se abrir à construção de um *marketplace* exemplar.

Na Rússia, utiliza-se um sistema de aquisições públicas que se vale de uma plataforma privada ligada a uma instituição financeira, responsável ainda pela sua segurança e por eventuais danos advindos da não execução de produtos ou serviços. Constata-se que a experiência também é satisfatória, não trazendo implicações mercadológicas (C. ZOCKUN; M. ZOCKUN, 2020, p. 85). Afinal, a lógica do sistema russo protege a Administração de incorrências, apresentando garantias, definições e sanções, resguardando o *marketplace* de ações voltadas a influenciar negativamente o mercado.

Na Índia, o *marketplace* governamental conseguiu reduzir o tempo de entrega das compras – de 30 a 60 dias para 10 a 15 dias –, principalmente com a diminuição dos níveis de verificação e decisão (LAL, 2018). Em realidade, a experiência indiana com um modelo especificado e regional resultou na abertura para pequenas empresas, que, de fato, conseguiram manter a concorrência e, por consequência, criar empregos (LAL, 2018). Valendo-se desse modelo, há um vislumbre para um *marketplace* que

integre as pequenas comunidades locais, desde que sua atuação se volte as suas realidades, promovendo progressos nas regiões mais vulneráveis.

Já nos Estados Unidos, a introdução da plataforma é paradigmática. Trata-se da Administração de Serviços Gerais (*General Services Administration – GSA*), uma espécie de *shopping online* administrado pelo poder público estadunidense, que já conta com milhões de itens cadastrados e múltiplos fornecedores inscritos (LIMA, 2020). Tal modelo é criticado porque requer um longo processo para a inscrição dos fornecedores; no entanto isso não tem causado implicações negativas na prática, posto que, finalizada essa fase, o vendedor tem a garantia de ficar registrado por vários anos e de disponibilizar diversos itens para venda, o que gera confiança no mecanismo digital até entre as pequenas empresas (LIMA, 2020).

A última formatação também pode ser levada em consideração pelo projeto brasileiro, fomentando um ambiente propício para fornecedores se instalarem por grandes períodos de tempo, de maneira a permitir a convivência com eventuais barreiras formalísticas iniciais inerentes ao cadastramento. Em suma, a verificação da experiência internacional como um todo tem se tornado bastante proveitosa para quem pretende institucionalizar um *marketplace* público. E os riscos levantados anteriormente parecem, pelo menos até o presente momento, não superar as vantagens do sistema, cabendo ao Brasil também demonstrar a sua atualização em direção a essa frente (FRAGAS, 2021, p. 67).

Pontua-se, a partir dessas premissas, que a constituição de uma plataforma digital de compras pública e brasileira deve, primordialmente, conferir adequada gerência aos recursos públicos e respeito aos princípios administrativos – legalidade, economicidade, razoabilidade, eficiência etc. –, encontrando, já na legislação atual, meios para sua consecução (BRASIL, 2020a).

CONCLUSÃO

Entre os importantes instrumentos de um governo digital, do qual não pode ficar de fora a contratação pública, encontra-se o *marketplace*, o qual permite que a Administração Pública possa efetuar aquisições de modo semelhante ao setor privado. Isso se dá, em síntese, por meio de uma plataforma digital integrada por diversos compradores, fornecedores e produtos.

A adoção do *marketplace* possui fundamento normativo, cabendo destacar a inovação representada pela Lei nº 14.133/2021 ao admitir

o credenciamento de fornecedores, bem como a utilização de portais eletrônicos. Além de não existir incompatibilidade de tal formato de compras com o regime próprio do setor público, a eficiência, celeridade e transparência nele encontrados permite, de fato, a realização de vários objetivos constitucionais e legais.

Quanto à adoção da ferramenta na esfera jurídica brasileira, faz-se importante levantar seus eventuais riscos – sobretudo se ocorrer de forma irrefletida – e as peculiaridades pátrias, especialmente as de caráter político e logístico. De fato, possíveis desigualdades regionais, em detrimento dos mercados locais, podem se dar ao longo do processo.

Foram apresentadas neste artigo as prováveis inconveniências decorrentes do gerenciamento por órgão privado, como a configuração de uma posição dominante capaz de induzir a concorrência e estabelecer condições desfavoráveis a fornecedores. Já sob o domínio do poder público, atentou-se para os eventuais entraves burocráticos, notadamente as exigências legais já presentes em outras espécies de compra de bens e serviços, que podem inviabilizar a eficiência típica do marketplace.

Há patente necessidade de mudança na cultura administrativa, ainda presa ao formato estruturado na época da primeira Lei de Licitações, concluindo-se pela possibilidade de se construir uma via em harmonia com os ditames estabelecidos pela legislação atual. Frise-se que a experiência internacional no manuseio de sistemas análogos, com acesso direto aos fornecedores, e, por consequência, às compras, confere ao procedimento um perfil rápido e eficaz. Como alternativa, oferece-se, inclusive, um sistema de garantias, a evitar intercorrências e favorecimentos, além do estabelecimento de medidas assecuratórias de atuação, denotando cenário vantajoso para quem deseja ingressar na plataforma.

Ademais, ficou claro que um futuro *marketplace* público pode evitar eventuais distorções regionais ao se valer da experiência da Índia, outro país com dimensões continentais. Já na seara jurídica, está em curso uma evolução normativa plenamente favorável à construção da plataforma na seara da Administração brasileira, reconhecendo-se um interesse cada vez maior em se conferir às compras públicas essa modelagem.

A pesquisa tornou nítida a capacidade do *marketplace* em constituir instrumento hábil para a aquisição de bens e serviços – não só os comuns – pela Administração Pública, assim como já o faz o setor privado. Encerra-se, em realidade, como elemento condutor de melhor custo-benefício,

rapidez e transparência, de maneira a confirmar a premente necessidade de o ordenamento brasileiro abraçar a medida, que tem plena aptidão para concretizar os interesses administrativos e, por consequência, o interesse público primário.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Luiz Alberto. *Comércio Eletrônico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ALTURAS, Bráulio; PEREIRA, Paulo. As Compras Electrónicas na Administração Pública e a sua Contribuição para o Desenvolvimento das PME's Nacionais: Uma Proposta de Investigação. *2dn Iberian Conference on Information Systems and Technologies*, Lisboa, 2007.

ARENAS, Natália da Silveira. Os desafios para a implantação das licitações sustentáveis na administração pública. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 82, p. 1-27, abr./jun. 2016.

BORDIERI, Lucas Daemon; SANTOS, Vinicius Melo. *A segurança da política de preço mínimo anunciado no e-commerce brasileiro*. E-Commerce Brasil, mar. 2021. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/a-seguranca-da-politica-de-preco-minimo-anunciado-no-e-commerce-brasileiro/>. Acesso em: 6 set. 2022.

BOUZO, Ramon. Marketplace: Crescimento no contexto da pandemia de Covid-19 e responsabilidades jurídicas. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, p. 1-13, jan./mar. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Orientação Normativa* nº 37, de 13 de dezembro de 2011a. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/onsagu>. Acesso em: 6 set. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011b*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007,

11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011c*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Relatório de Avaliação – Secretaria de Gestão Exercício de 2019*. Brasília: 2020a.

BRASIL. Governo Federal. *Governo debate com sociedade implantação de marketplace para compras públicas*, jul. 2020b. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/governo-debate-com-sociedade-implantacao-de-marketplace-para-compras-publicas>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.341*, de 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBB2F9DCC54E7&inline=1>. Acesso em: 6 set. 2022.

BREGA, José Fernando. *Governo eletrônico e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica Editora e Livraria. 2015.

CAVALEIRO, Vasco. *Contratação pública eletrônica: os meios tecnológicos e os fins da eficiência e da transparência*. In *Direito Administrativo e Tecnologia*.

CARVALHO, Lucas Borges de. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia a confiança e a inovação. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, p. 115-148, dez. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2021.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. *A compra de produtos pela internet, pela administração pública*. Ordem Jurídica. 2021. Disponível em: <https://www.ordemjuridica.com.br/opinioao/a-compra-de-produtos-pela-internet-pela-administracao-publica>. Acesso em: 6 set. 2022.

CGU divulga estudo sobre a eficiência dos pregões realizados pelo Governo Federal. Grupo JML, jul. 2017. Disponível em: https://portal.jmlgrupo.com.br/pagina.php?area=noticias&no_cod=4569. Acesso em: 6 set. 2022.

DURÃO, Pedro; PEREIRA, Stephane Gonçalves Loureiro. *Empresas, a Era Digital e o e-marketplace governamental ante as contratações públicas*. Justiça & Cidadania, mai. 2022. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/empresas-a-era-digital-e-o-e-marketplace-governamental-ante-as-contratacoes-publicas>. Acesso em: 6 set. 2022.

FERNANDES, Fernanda Nunes; QUEIROZ, Aline Alessandra; SOARES, Andréa Heloísa da Silva. *A organização de itens de compras por ramo de atividade de mercado como aliada ao planejamento de compras e ao controle de fracionamento*. Parcerias Governamentais, jul. 2021. Disponível em: <https://www.parceriasgovernamentais.com.br/a-organizacao-de-itens-de-compras-por-ramo-de-atividade-de-mercado-como-aliada-ao-planejamento-de-compras-e-ao-controle-de-fracionamento/>. Acesso em: 13 jun. 2022.

FIÚZA, Eduardo Pedral Sampaio; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; SANTOS, Franklin Brasil; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro. *Compras Públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública*. Ipea, ago. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2575.pdf/. Acesso em: 13 jun. 2022.

FRAGAS, Isadora de. *O sistema de registro de preços permanente como mecanismo de perfectibilização do public market brasileiro*. 2021. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

FRANCO, Lucas Pedersoli. *Análise sobre compras governamentais no Estado de Minas Gerais e a plataforma e-marketplace*. 2019. Monografia (Graduação em Administração Pública) – Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2019.

FREITAS, César Gomes de; NASCIMENTO, Alexandre Parada do. *Gestão logística nas contratações públicas: a aplicabilidade das boas práticas de logística em processos licitatórios no âmbito da administração pública federal*. Revista Conexão na Amazônia, São Paulo, n. 2, v. 1, p. 46-70, 2021.

GARCIA, Flávio Amaral; MARTINS, Fernando Barbalho. *Placar eletrônico, marketplace e o futuro das licitações*. Zênite, jan. 2021. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/01/Placar-eletr%C3%B4nico_marketplace-e-futuro-da-licita%C3%A7%C3%B5es_FlavioAmaralGarcia_FernandoBarbalhoMartins.pdf. Acesso em: 9 jun. 2022.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues, CABRAL, Flávio Garcia, SARAI, Leandro. Tecnologia, Governo Digital e a Nova Lei de Licitações. *Revista do TCE-RJ*, V.3, Número 1, jan/jun 2022, pgs.35-45, disponível em <https://portal-br.tcerj.tc.br/web/ecg/revista-do-tce-rj/edicoes-anteriores>, acesso em 13/12/2022.

KAHNEMAN, Daniel, SIBONY, Olivier e SUNSTEIN, CASS R. *Ruído: porque tomamos más decisões e como podemos evita-lo*. Lisboa: Penguin Grupo Editorial, 2021.

KUVIATKOSKI, Carol. *Marketplace: o que é, que exemplos e como criar um marketplace*. Ideia no Ar, jul. 2022. Disponível em: https://www.ideianoar.com.br/marketplace/?utm_source=Google&utm_medium=cpc&utm_campaign=marketplace&utm_gyDe6MbFe2k500iYcmCQMh9OfXzrYlAaAh7PEALw_wcB. Acesso em: 9 jun. 2022.

LAL, Shanker. *How government e-marketplace is revolutionizing procurement in India*. World Bank Blogs, abr. 2018. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/governance/how-government-e-marketplace-revolutionizing-procurement-india>. Acesso em: 9 jun. 2022.

LEINDORF, Cecilia de Aguillar. *E-Democracia brasileira: fundamentos legais e Big Data*. In *Direito Público Digital e Novas Tecnologias*. Curitiba:2023. pgs.65-84

LIMA, Jonas. *Marketplace das pequenas compras públicas*: Estados Unidos. Mudanças inspiradoras para as compras públicas no Brasil. Sollicita, jul. 2020. Disponível em: https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16530&n=undefined. Acesso em: 9 jun. 2022.

MACHADO, Karine; PEDRA, Anderson. *Posso ser penalizado por usar o Pregão Presencial?* Sollicita, mar. 2022. Disponível em: https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=18772&n=posso-ser-penalizado-por-usar-o-preg%C3%A3o-presencial?. Acesso em: 6 set. 2022.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *A nova Lei de Licitações, Credenciamento e e-marketplace: O turning point da inovação das*

compras públicas. Ronny Charles, 2020. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2022.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações Públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante*. Inove, abr. 2020. Disponível em: <https://inovecapacidade.com.br/licitacoes-publicas-e-e-marketplace-um-sonho-nao-tao-distante/>. Acesso em: 14 jun. 2022.

PAIXÃO, André Luís Soares de. *Compras públicas compartilhadas: um estudo de caso comparando modelos de compras públicas eletrônicas adotados no Brasil, no Chile e nos Estados Unidos*. 2021. Dissertação (Mestrado em Governança e Desenvolvimento) – Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2021.

PARADA, André Luiz. *Arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2014.

RESENDE, Guilherme Mendes. *Alguns apontamentos sobre antitruste e bitcoin*. Conjur, dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/defesa-concorrencia-alguns-apontamentos-antitruste-bitcoin>. Acesso em: 6 set. 2022.

SANTANA, Luana Nunes. *Uma análise do registro de oportunidade nas licitações de tecnologia da informação e comunicação: perspectivas a partir do Acórdão nº 2569/2018 – TCU/Plenário*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2021.

TADELIS, Steven. *Reputation and feedback systems in online platform markets*. Annual Review of Economics, Berkeley, v. 8, p. 321-340, 2016.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. *Marketplace digital para compras públicas*. International journal of digital law, Belo Horizonte, p. 77-94, set./dez. 2020.

RECEBIDO EM: 07/10/2022

APROVADO EM: 06/12/2022

(SOBRE)VIVENDO NAS PRISÕES: UMA ANÁLISE SOBRE AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES PRESAS NO BRASIL

(ON) LIVING IN PRISONS: AN ANALYSIS OF VIOLATIONS TO THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN IN PRISONS IN BRAZIL

Georgea Bernhard¹

Marli Marlene Moraes da Costa²

- 1 Mestranda em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa PROSUC/CAPEES, modalidade II. Graduada em Direito pela mesma universidade. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, integrante do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC, vinculado ao PPGD da UNISC.
- 2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com Pós-Doutoramento em Direitos Sociais pela Universidade de Burgos-Espanha, com Bolsa Capes. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS- UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas. MBA em Gestão de Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação. Especialista em Direito Processual Civil. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar Sistêmica. Membro do Conselho do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Estudos Jurídicos da Criança e do Adolescente – NEJUSCA/UFSC.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A evolução dos Direitos Humanos no Brasil; 2. O sistema prisional, as Regras de Bangkok e a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade (PNAMPE)-2014. 3. Apontamentos às violações dos Direitos Humanos no cárcere feminino brasileiro; Conclusão. Referências.

RESUMO: O progressivo aumento do encarceramento feminino revela a crise do sistema prisional brasileiro e a necessidade de compreender esse fenômeno. Portanto, questiona-se, diante desse cenário preocupante, como a inexistência de políticas públicas específicas, ou recortes dentro de políticas mais amplas, voltadas a concretização dos direitos humanos no sistema penal brasileiro contribui para o encarceramento massivo do gênero feminino? A fim de responder esse questionamento, será utilizado o método dedutivo, através de uma revisão sistemática sobre as produções bibliográficas e científicas, sendo abordada a evolução dos direitos humanos no Brasil, e as previsões das Regras de Bangkok, o primeiro marco normativo internacional no âmbito do cárcere feminino. Posteriormente, analisa-se a (in)aplicabilidade dos dispositivos legais no cenário brasileiro. Conclui-se que a realidade por trás das grades denuncia o descaso estatal frente às demandas exclusivamente femininas, reproduzindo um cenário de constantes violações aos direitos humanos das mulheres presas.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Cárcere. Direitos humanos. Violações. Encarceramento feminino.

ABSTRACT: The increase in female incarceration reveals the crisis of the Brazilian prison system and the need to understand this phenomenon. Therefore, this survey of public policy questions, that is, a survey of people who are considered most relevant to broad human rights if a criminal research system that currently exists for massive human rights and there is no criminal system identified as more relevant to the massive human rights and criminal system that exists? In order to question, the deductive method will be used, through a systematic review of bibliographic and scientific productions, addressing the evolution of human rights in Brazil, and how this responder to the Bangkok Rules, the first international milestone in the prison range feminine. Subsequently, the (in)applicability of legal provisions in the Brazilian scenario is analyzed. It is concluded that the reality behind the classes denounces the state's disregard for exclusively female demands, reproducing a scenario of violations of the human rights of women prisoners.

KEYWORDS: Genre. Prison. Human rights. Violations. Female incarceration.

INTRODUÇÃO

O crescimento exponencial da taxa de aprisionamento feminino descortina a ineficácia das leis penais para conter a criminalidade, uma vez que tal fenômeno representa um reflexo de questões sociais invisibilizadas pelo poder público. Sendo assim, a busca por ações governamentais efetivas na área da segurança pública fomenta debates relevantes sobre a urgência de se buscar mecanismos capazes de diminuir os índices de criminalidade, através de alternativas que não estejam atreladas tão somente ao ato de encarcerar, visto que este advém do contexto de exclusão social característico de grande parcela da população prisional feminina. Portanto, compreender a dinâmica entre os fatores que corroboram para práticas delitivas se torna essencial para buscar medidas eficazes no enfrentamento deste cenário.

Contudo, além das condições relativas à desigualdade social, que opera favoravelmente ao aumento expressivo da criminalidade, no contexto carcerário feminino, se vislumbram outras circunstâncias ligadas ao gênero que agravam as condições prisionais, visto que, por muito tempo os corpos femininos simbolizaram um objeto de pertencimento as ordens patriarcais, estando submissos as pretensões masculinas no âmbito social, a fim de manter o domínio sobre a vida da mulher e evitar a sobreposição do gênero feminino ao masculino.

Nesse sentir, o estereótipo feminino atuava como um mecanismo da cultura misógina e sexista, originando um contexto de desigualdade de gênero sob a justificativa da inferioridade da natureza feminina, predestinada a procriação e consequentemente, aos cuidados com os filhos e a realização de atividades domésticas.

Não obstante, quando a mulher passa a ocupar o âmbito criminal, além da quebra do protagonismo masculino neste contexto, ocorre a desvinculação do “ser” feminino idealizado socialmente pelos estereótipos imputados a mulher, originando a ruptura da sociedade com a mulher criminosa, uma vez que a mesma se desvia dos ideais femininos, ligados à docilidade, pureza e submissão, caracterizando uma punição moral sobre a desobediência ao “dever” feminino no espaço social.

Assim sendo, durante o regime de cumprimento de pena no sistema prisional, as mulheres se submetem ao universo androcêntrico das prisões,

a um ambiente pensado e construídos para aprisionar indivíduos do sexo masculino. Essa legitimação sexista presente nos estabelecimentos penais contribuí para a invisibilidade das mulheres presas, negligenciando as especificidades de gênero que demandam um tratamento diferenciado.

O desmazelo do Estado brasileiro frente às necessidades básicas femininas se materializa como violações aos direitos humanos, assegurados em âmbito internacional e constantemente ignorados pelos ambientes prisionais, criando um contexto de vulnerabilidade perante o cenário de superlotação e insalubridade das prisões.

Portanto, mediante a revisão sistemática sobre as produções bibliográficas e científicas sobre o tema, utilizando-se o método dedutivo, este estudo visa analisar as condições sub-humanas que as mulheres presas estão submetidas no Brasil, identificando as violações aos direitos humanos assegurados pela CF/88 e pelos tratados internacionais.

1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Ao abordar questões relativas ao atual contexto do sistema prisional feminino, cumpre destacar os dispositivos legais que buscam amparar a dignidade humana, valor intrínseco de cada indivíduo, a fim de manter a sua integridade física e moral durante o período de cumprimento de pena, assegurando as condições básicas relativas à infraestrutura e serviços penitenciários para suprir as demandas da população carcerária, a fim de minimizar os impactos do isolamento social que, por si só, já traz impactos significativos na vida dos aprisionados.

Os Direitos humanos se apresentam como uma nova nomenclatura para o que antes se identificava como *The rights of man* (direitos do homem), sendo adotado o termo *Human Rights* (direitos humanos) na década de 1940, por Eleanor Roosevelt, que, durante a sua atuação política, percebeu que os direitos humanos não envolviam os direitos das mulheres. Sendo assim, os direitos humanos simbolizam um conjunto de normas jurídicas e exigências que devem prevalecer sobre os demais direitos, pois, compreende-se que estas normas são superiores às demais pela sua universalidade. (GORCZEWSKI, 2016, p. 25)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, sendo o documento histórico mais traduzido do mundo, em razão da sua relevância social. A principal finalidade da Declaração está atrelada a proteção universal dos direitos da

pessoa humana, possuindo em sua essência previsões sobre o indivíduo, fundamentos de liberdade, justiça e paz, trazendo considerações que visam assegurar a dignidade de todas as pessoas. (KELNER, 2018, p. 82)

Inicialmente, a Declaração aborda questões jurídicas relacionadas aos direitos pessoais (direito à vida, igualdade, liberdade e segurança, posteriormente, alude aos direitos relativos ao indivíduo e suas relações (direito à privacidade da vida familiar, ao casamento, etc), em seguida, a declaração traz referência as liberdades civis e direitos políticos (liberdade de expressão, direito à voto, etc) e por último, menciona os direitos exercidos no âmbito econômico e social (relações trabalhistas, educação, saúde, etc.). (KELNER, 2018, p. 82)

Sendo assim, os direitos humanos são inerentes a todos os indivíduos, à medida que nascem com a pessoa, portanto, não se trata de uma mera concessão política e sim, de um direito fundamental, cuja essência se materializa no dever de proporcionar uma vida digna à todos, oferecendo todas as condições necessárias ao pleno desenvolvimento humano. (GORCZEVSKI, 2016, p. 25)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não possui força cogente, ou seja, não representa um instrumento jurídico vinculante que obriga os Estados a cumprirem as previsões expressas no documento, à medida que a Assembleia Geral das Nações Unidas não possui competência legislativa, possuindo apenas atribuições relativas ao direito de fazer recomendações. Todavia, alguns doutrinadores visualizam a Declaração como uma interpretação das previsões da Carta das Nações Unidas e, portanto, teriam efeitos legais de um tratado internacional. Cumpre mencionar que a própria Organização considerou necessária a realização de outros documentos acerca do tema, a fim de possibilitar um respaldo jurídico aos direitos humanos. (GORCZEVSKI, 2016, p. 160)

Ao abordar questões relacionadas aos tratados e compromissos internacionais no âmbito dos direitos humanos, se vislumbra indícios importantes aos direitos das mulheres, por meio de Conferências realizadas na década de setenta que abordavam temáticas relacionadas ao combate às desigualdades, intimando os Estados a reverterem os padrões construídos culturalmente impostos às mulheres na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. (DIAS; COSTA, 2013, p. 75)

Todavia, neste processo de reconhecimento de direitos das mulheres, surge um cenário paradoxo na aceitação desse instrumento, pois, mesmo

apresentando uma ampla adesão de grande parte dos Estados, foi também o documento que recebeu mais críticas dos países, fundamentadas em objeções de ordem religiosa, cultural e legal. Há registros de acusações feitas pelos países Egito e Bangladesh de “imperialismo cultural e intolerância religiosa” através dos preceitos de igualdade defendidos pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. (PIOVESAN, 2010, n.p)

Nesse sentir, se destacam as dificuldades advindas na defesa dos direitos humanos das mulheres, que se tornam vulneráveis pelo poder discricionário do Estado, restringindo seus direitos de modo direto, por meio do poder coercitivo estatal ou de forma indireta, através de práticas culturalmente construídas a fim de manter a mulher refém do poder patriarcal, por meio de práticas opressoras. O marco-jurídico mencionado acima oportunizou outros debates posteriormente, servindo de base para o movimento feminista, influenciando na construção da Constituição de 1988 no Brasil. (DIAS; COSTA, 2013, p. 73)

Contudo, apesar das previsões elencadas na norma constitucional e tratados internacionais, foi publicado em 1993 na Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, um dos documentos mais importantes na área de gênero, definindo os direitos humanos das mulheres como universais e indivisíveis. Do mesmo modo, trouxe a previsão de forma expressa no artigo 18, sobre a necessidade de criar políticas de proteção e combate à violência contra a mulher, inserindo a perspectiva de gênero nas Conferências da Organização das Nações Unidas, fato este que simbolizava um avanço significativo no âmbito dos direitos das mulheres. (DIAS; COSTA, 2013, p. 76)

Ademais, cumpre destacar o efetivo desempenho da Comissão acerca da Condição da Mulher e do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, realizando a importante tarefa de monitoramento sobre o cumprimento das normas relativas ao gênero feminino em todo o mundo. No mesmo contexto, outras esferas como o Fundo das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) e diversas comissões sobre a mulher, que atuavam em órgãos como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), começaram a apoiar iniciativas voltadas ao desenvolvimento feminino, sendo assim, as particularidades da condição de ser mulher na contemporaneidade passou a ter mais visibilidade, principalmente dentro da Organização Nacional das Nações Unidas. (BARSTED, 2001, p. 3-4)

Sendo assim, a década de noventa na esfera das Nações Unidas foi caracterizada por diversas Conferências, buscando integrar iniciativas

que visassem fomentar e garantir os direitos humanos para todos. No Cairo, em 1994, se realizou a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, tendo como pauta os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Já em Pequim, se destaca a Conferência Mundial da Mulher, realizada em 1995, resultando em uma grande mobilização social cujo propósito estava atrelado a promoção de igualdade entre os gêneros, dando visibilidade para o cenário de discriminação e violência no qual as mulheres estavam submetidas. (PINHEIRO, 2020, p. 8)

Cumprir mencionar que o impulsionamento dos debates sobre direitos humanos e a extrema necessidade de criar mecanismos que assegurassem a sua observância foi intensificado por meio de conflitos sociais, em razão das divergências sobre o aspecto político e sociocultural que determinados grupos estavam inseridos, necessitando assim do suporte normativo diante da diversidade cultural existente, implicando em maior grau de discordâncias e conflitos sociais, portanto, interpretar os direitos humanos como uma garantia fundamental, permite equiparar todos os indivíduos independente de raça, classe e gênero, reafirmando o caráter universal que permeia esses direitos. (NEVES, 2005, p. 10)

Todavia, a temática dos Direitos Humanos é repleta de simbolismos, em razão da forma despretensiosa como o assunto é visto e aplicado no mundo jurídico, pois não se vislumbra o comprometimento real com a pauta pela ausência de compreensão da dimensão dos direitos humanos e a necessidade de adequar a interpretação jurídica nos fundamentos previstos, tornando-o mais sólido e efetivo. Portanto, reconstruir o seu real conceito se torna imprescindível para torná-lo menos abstrato e mais concreto, uma vez que a natureza política de uma norma legal pode possuir mais relevância do que o sentido jurídico em si, essa circunstância se revela através da ineficácia dos direitos humanos na sociedade. (NEVES, 2005, p. 12)

2. O SISTEMA PRISIONAL, AS REGRAS DE BANGKOK E A POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE (PNAMPE)-2014

O progressivo aumento mundial do encarceramento feminino se revela como um fenômeno preocupante, à medida que descortina as falhas do sistema criminal de justiça, impondo uma política de segurança punitiva, ensejando a clausura massiva de mulheres em locais construídos pelos padrões masculinos. Nesse contexto, a necessidade de criar mecanismos legislativos para amparar as mulheres em cumprimento de pena se torna prioridade, visto que as vulnerabilidades femininas se intensificam no

ambiente prisional por meio de uma dupla-penalização: a primeira advém da esfera legal, por meio da imposição da pena e a segunda provém da esfera moral, tendo como consequência a reprovação social não apenas pelo ato delituoso, mas pela condição de ser “mulher criminosa”.

O lançamento no ano de 2014 da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, simboliza um avanço na tentativa de reformular as práticas do sistema prisional brasileiro e contribuir para a efetivação dos direitos humanos das mesmas, visando compreender as fraquezas do sistema prisional e assim, encontrar medidas mais efetivas para enfrentamento do problema.

Dentre as diretrizes da política referida, está a humanização das condições do cumprimento da pena, proteção à maternidade e à infância, assistência jurídica, atendimento psicossocial, etc. No que se refere à gestante em situação de prisão, a Portaria ressalta, dentre outras perspectivas, que deve haver, a) compatibilidade da atividade laboral com a condição de gestante e mãe, garantida a remuneração, a remição e a licença maternidade para as mulheres que estiverem trabalhando antes do parto; b) identificação da mulher quanto à situação de gestação ou maternidade, quantidade e idade dos filhos e das pessoas responsáveis pelo cuidado e demais informações, através do preenchimento de formulário próprio; c) inserção da mulher grávida, lactante e mãe com filho em local apropriado com disponibilidade de atividades condizentes à sua situação, contemplado atividades lúdicas e pedagógicas, coordenadas por equipe multidisciplinar; d) desenvolvimento de ações de preparo para a saída da criança do sistema prisional e sensibilização dos responsáveis pelo acompanhamento social e familiar; e) instituição de procedimentos que permitam a manutenção dos vínculos familiares, por meio de contato telefônico, videoconferência, cartas, etc. (BRASIL, 2014, p. 2)

Tal normativa vem ao encontro e está em consonância com as regras jurídicas nacionais e internacionais que tratam dos direitos das pessoas em situação de prisão, como no caso das mulheres, objeto deste trabalho, bem como com o mais recente instrumento internacional de garantia dos às mulheres presas, as regras Banglok, aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) em 2.010, conforme pode ser constatado a seguir.

Em 2010, durante a 65ª Assembleia global, foram acatadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), As Regras de Bangkok sob a

descrição oficial “*Prevenção de crimes e justiça criminal Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*”. Esse regulamento “complementa as regras mínimas para o tratamento de reclusos e as regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, conhecidas como Regras de Tóquio, adotadas em 1990”. (CNJ, 2016, p. 18).

Através da norma, os Estados assumem a necessidade das mulheres encarceradas possuírem, com urgência, tratamento diferenciado, em razão das especificidades de seu gênero e que há um *déficit* no atendimento às demandas do grupo feminino no cárcere. Os dispositivos foram elaborados por representantes da Organização das Nações Unidas, grupos políticos e da sociedade civil, constituindo-se como um critério para as políticas públicas a serem adotadas pelos Estados.

As Regras de Bangkok representam o principal marco normativo internacional ao trazer à luz questões ligadas ao tratamento de mulheres presas e as especificidades do gênero feminino, tanto no âmbito da execução penal como na priorização de medidas não privativas de liberdade. Todavia, apesar da presença ativa do governo brasileiro na formulação e aprovação das Regras de Bangkok, até então não se vislumbra a aplicação dos dispositivos no cenário brasileiro, carecendo de políticas públicas capazes de auxiliar na diminuição da taxa de encarceramento feminino e na observância do tratamento digno nas prisões. (CNJ, 2016, p. 18)

A declaração aprovada pela Organização das Nações Unidas estimula os Estados a buscarem medidas alternativas à prisão feminina, considerando condições exclusivamente femininas, como a gravidez ou a responsabilidade de cuidado dos filhos. Além disso, determina que às mulheres com crianças sob sua responsabilidade adotem as medidas necessárias antes do ingresso na prisão, podendo, inclusive, suspender a reclusão por um período, em razão do interesse da criança.

No mesmo sentir, prevê que essas mulheres, na medida do possível, devem ser enviadas a prisões próximas às suas casas, frisando sobre a observância das condições de higiene dos locais de reclusão que atendem, de modo particular, as necessidades femininas, incluindo a distribuição de absorventes gratuitos, local adequado para o cuidado dos bebês, para cozinhar e para amamentar; que nos exames médicos, não pode haver a presença masculina, apenas funcionárias do sexo feminino. (CNJ, 2016, p. 22)

Outra previsão diz respeito ao acompanhamento médico no interior das prisões. De acordo com as Regras de Bangkok, as visitas médicas devem ocorrer diariamente, a fim de realizar um acompanhamento rígido sobre as reclusas doentes, monitorando a presença de doenças infecciosas e contagiosas que podem causar danos irreversíveis às detentas. Destaca também o direito aos exames preventivos, como Papanicolau e de detecção de câncer de mama, bem como programas e serviços que visam a prevenção de doenças de mãe para filho, como o HIV e a AIDS. Também assegura a inadmissibilidade de aplicabilidade de sanções de isolamento disciplinar às mulheres grávidas, em período de amamentação ou com filhos na prisão, não sendo permitido, do mesmo modo, a utilização de meios de coerção, como algemas, durante o parto ou no pós-parto. (CNJ, 2016, p. 25)

Acrescenta ainda a necessidade de oferecimento de acompanhamento especializado para as consumidoras de drogas ilícitas, elaborando uma política abrangente na área da saúde mental, a fim de prevenir o suicídio e as lesões auto infligidas. Referente às revistas, determina que não podem ser vexatórias e que devem respeitar a dignidade humana e o respeito às presas e a seus familiares. (CNJ, 2016, p. 25)

Também é enfatizado a necessidade e importância do convívio das mesmas com seus familiares, o que deve ser incentivado e facilitado, a fim de possam conservar o vínculo existente, incluindo visita dos filhos, que devem ser prolongadas e realizadas em um ambiente adequado para receber as crianças, à medida que o contato com o mundo exterior representa um mecanismo importante na reintegração social, contribuindo para o seu bem-estar emocional. (CNJ, 2016, p. 29)

As presas gestantes e lactantes devem receber uma atenção especial, tais como, obter orientação sobre a alimentação e saúde por um profissional qualificado, alimentação adequada para garantir o desenvolvimento saudável do bebê, oportunizando regularmente a realização de exercícios físicos. Contudo, cumpre salientar que a pena de prisão, nestes casos, deve configurar como última alternativa, sendo preferível, quando o crime não for de natureza violenta ou quando a mulher não apresenta grave ameaça, a adoção de penas não privativas de liberdade para mulheres gestantes e mulheres com filhos dependentes, observando o melhor interesse da criança. (CNJ, 2016, p. 34)

Apesar das previsões contidas nas Regras de Bangkok, o cenário carcerário feminino brasileiro escancara o descaso estatal frente ao não cumprimento das demandas básicas das mulheres presas no Brasil.

3. APONTAMENTOS ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NO CÁRCERE FEMININO BRASILEIRO

O Brasil ocupa o quarto lugar no ranking dos países mais aprisiona mulheres no mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos, China e Rússia. No período de 2000 a 2016, a taxa de aprisionamento feminino disparou para 455% no Brasil, atingindo em junho de 2016 o total de 42 mil mulheres em situação de privação de liberdade. No mesmo sentido, a taxa de aprisionamento feminino subiu para 525%, representando 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres. (INFOPEN, 2018, p. 13-14)

Ao verificar o perfil da população carcerária feminina, se vislumbra a prevalência de grupos excluídos socialmente, moradoras de periferias com baixa escolarização e na condição de desempregadas em decorrência da ausência de oportunidades de trabalho, essas mulheres enxergam na atividade criminal um meio de subsistência própria e familiar, denunciando a inércia do Estado frente às minorias, ao se omitir frente à necessidade de criação de políticas públicas para proporcionar os direitos fundamentais, assegurados na Constituição Federal, garantindo o mínimo existencial para essas camadas sociais.

De modo assertivo, Sarlet (2011, p. 51) assevera que a situação da pobreza simboliza um desrespeito à dignidade humana, quando esta resulta de um processo de exclusão social, onde as pessoas são obrigadas a viverem nessas condições, em decorrência de omissão ou por decisões tomadas por outras na esfera social, econômica e política, pois todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente devem assegurar e reconhecer-las como sujeito de direitos.

O processo histórico da criminalidade feminina demonstra que, inicialmente, o enclausuramento de mulheres era exercido em nome dos princípios morais, da manutenção dos bons costumes e da castidade feminina. Portanto, o aprisionamento feminino não se compreende apenas ao ato de encarcerar mulheres, mas ao surgimento de instituições penais de reclusão, destinadas especificamente ao público feminino, cuja finalidade visa preservar a honra e exercer controle sobre a sexualidade feminina. (ALGRANTI, 1992, p. 51)

Nesse aspecto, a influência da ordem patriarcal se torna evidente, ao descortinar o encarceramento feminino como prática de controle social, ao longo da história, buscando fortalecer os padrões femininos aceitáveis

socialmente através de uma força cultural que visa “frear” as iniciativas femininas que lutavam para conquistar a sua emancipação na sociedade contemporânea e do mesmo modo, punindo àquelas que eram vistas como “rebeldes” por não se adequarem ao “ideal feminino”.

É nesse contexto que se vislumbra o alto índice da taxa de ocupação nas prisões femininas, revelando que o próprio sistema penal não possui estrutura para atender a demanda carcerária, refletindo assim no quadro da superlotação, estando as mulheres submetidas a ele. Em junho de 2016, a taxa de aprisionamento representava 156%, isso significa dizer que, em um espaço destinado a aprisionar 10 mulheres, na conjuntura atual se encontram 16 mulheres custodiadas, denotando a ausência de condições de infraestrutura que refletem na precarização de outros serviços básicos nos estabelecimentos penais, agravando o cenário de violações aos direitos humanos das mulheres presas. (INFOPEN, 2018, p. 35)

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Ouvidoria do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ), recebe queixas frequentes relacionadas à revista íntima de visitantes, realizada de modo vexatório; a separação entre mães encarceradas e seus filhos antes do tempo previsto em lei, a ausência de recursos que atendam as especificidades das mulheres nos presídios, como o acesso à absorventes e atendimento ginecológico. (BRASIL, 2015, p. 311)

O sistema carcerário brasileiro dispõe de apenas 15 médicos ginecologistas para atender a demanda de 35.039 mulheres privadas de liberdade, significa dizer que há um profissional disponível para um grupo de 2.335 presas. Conforme o Departamento de Atenção à Saúde da Mulher do Ministério da Saúde, recomenda-se o acompanhamento anual das mulheres ao atendimento ginecológico, a fim de garantir a prestação de assistência básica a saúde, por meio da realização de exames de rotina, como Papanicolau, indispensável para a prevenção do câncer de colo de útero. Em situações gravídicas, o Ministério recomenda o acompanhamento pré-natal, abrangendo a realização mínima de seis exames, a fim de oferecer tratamento digno para a mãe e bebê, oportunizando o pleno desenvolvimento da criança. (BRASIL, 2015, p. 311)

No que tange ao período de amamentação, se verifica que tal direito é condicionado as regras de cada instituição, porém, sabe-se que em 12,90% das unidades prisionais, as crianças são amamentadas até os 4 meses; em 58,09% até os 6 meses; em 6,45% até os 2 anos. No mesmo contexto, outra questão apontada pela CPI é a situação dos bebês e crianças que se

encontram com suas mães em prisões insalubres, local onde permanecem na companhia materna no período de seis meses a três anos. (BRASIL, 2015, p. 315)

Outras violações apontadas pela CPI de 2009 se relacionam com a (in)observância dos direitos das presas na área da saúde e diagnóstico, relatando casos de mulheres com câncer de mama e outras doenças graves que foram negligenciadas no ambiente prisional, sem assistência médica, pois o encaminhamento a tratamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não foi realizado sob a justificativa de ausência de escoltas para fazer o transporte das presas aos centros hospitalares. (BRASIL, 2015, p. 140)

Do mesmo modo, o ambiente insalubre dos presídios se configura por meio de diversas situações. No Rio de Janeiro, 200 mulheres presas dividem um espaço destinado para 30 mulheres, provocando surtos de coceira e outras infecções, ocasionadas pela superlotação, calor e ausência de higiene no local. A presença de baratas, pulgas e ratos são frequentes nas celas femininas, consequentemente, causam feridas pelo corpo, nesses casos, o remédio disponibilizado pelos estabelecimentos prisionais para aplicar nos ferimentos é vinagre. (BRASIL, 2015, p. 204)

Outra questão relevante é a indisponibilidade de itens que atendam as necessidades femininas pelas unidades carcerárias, sendo observada a distribuição de absorventes ou coletores menstruais de forma irregular e insuficiente, diante disso, a fim de driblar a negligência estatal e conter as reações biológicas, as mulheres relataram usar o miolo do pão servido na cadeia para conter o sangramento vaginal. Ou seja, em um espaço que desconsidera a condição da mulher criminosa, não detém recursos disponíveis para as especificidades femininas, violando a dignidade humana e o direito à saúde. (BRASIL, 2015, p. 205)

A ausência de um olhar para as especificidades de gênero sinaliza para o cenário de abandono no qual as mulheres estão inseridas, exemplificando a teoria de Goffman (1961, p. 29) de que “os homens sofrem menos deformações do que as mulheres”, uma vez que estas são inseridas em um sistema punitivo idealizado e projetado para o sexo masculino, tornando-as reféns da dinâmica patriarcal por trás das grades.

Essa perspectiva androcêntrica que exclui as especificidades de gênero nas prisões, submetendo as apenas a uma série de violações à sua dignidade, é corroborada por Colares e Chies (2010) ao enfatizar que:

[...] esses presídios possuem uma ordem masculinizante no sentido dado por Roberto Romano, em virtude *a priori* de o homem possuir um lugar central como medida de todas as relações. Trata-se, para o autor, de uma concepção derivada da atribuição da racionalidade e da noção de completude do corpo masculino que se orienta para conter a natureza imperfeita da mulher, calcada na carnalidade e na emoção. Sendo a mulher vista como um ser inacabado, sua existência só pode se completar através do outro ou, como expressa Romano, “O homem é em si e para si e a mulher é para o outro”. (COLARES;CHIES, 2010, p. 409)

Sendo assim, as desigualdades de gênero impactam de modo substancial no cumprimento de pena privativa de liberdade pelas mulheres, incidindo sobre elas os parâmetros masculinos que edificaram não apenas os espaços prisionais, mas também a dinâmica de tratamento adotada pelo sistema, invisibilizando as necessidades femininas no âmbito carcerário, fato este que caracteriza uma grave violação à dignidade humana. Não obstante, apesar das condições degradantes envolverem ambos os gêneros no sistema carcerário brasileiro, os reflexos dessa precariedade atinge, de modo diverso, o público feminino, pois, além de não obter recursos para suprir as demandas que advêm das especificidades femininas, em alguns casos, se observa que os homens podem usufruir de mais poder nos espaços prisionais, sendo ele o poder de realizar determinadas atividades que não são permitidas às mulheres, como se locomover no ambiente carcerário e interagir mais com outros detentos, diminuindo os efeitos do cárcere. (CHIES;COLARES, 2010, p. 412)

Segundo Goffman (1961, p. 29) esse ambiente violador de direitos básicos corrobora para a mortificação do eu, por meio da deformação pessoal ao perder a própria identidade, à medida que o indivíduo é despido de suas vestes e objetos pessoais para ingressar no sistema carcerário. Em seguida, se constata a presença da desfiguração pessoal, através de mutilações físicas diretas e permanentes, ocasionada pelo sentimento de insegurança de integrar um ambiente que não tutela a sua integridade física, pelo contrário, à coloca em risco.

Nesse aspecto, importante destacar o papel da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, que ao discutir o relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura denunciou a prática de tortura no presídio feminino do Pará, relatando que as presas eram obrigadas a sentar nuas de cócoras, no formigueiro ou chão molhado, pelo período de quatro horas. Outra situação degradante se refere à suspensão de visitas dos familiares

e a superlotação dos presídios femininos, visto que haviam 15 mulheres em celas de capacidade máxima para 4 pessoas. (BRASIL, 2019, p. 2)

No mesmo contexto, se destacam outras circunstâncias preocupantes, como a falta de material de higiene e de água, alimentos fora do prazo da validade, ausência de vestimenta adequada e medicamentos. Nas celas, se visualiza a presença de ratos, escorpiões e animais peçonhentos, havendo relatos de mulheres que foram mordidas pelos ratos enquanto dormiam no chão, por conta da superlotação. Nesse tocante, também se observa a predominância de agentes penitenciários do sexo masculino, situação essa que é proibida legalmente, porém, muito presente nos presídios femininos brasileiros. (BRASIL, 2019, p. 2)

Todas essas circunstâncias violadoras de direitos humanos tornam a experiência carcerária um verdadeiro sofrimento, fomentando sentimentos de ódio e vingança pelos abusos sofridos. Nesse aspecto, Goffman (1961, p. 54) acrescenta que a submissão a práticas injustas e cruéis, que envolvem tratamentos degradantes não previstos na lei, passa a justificar o ato delituoso e a condição de ser criminoso, sendo assim, busca se vingar das atrocidades sofridas nas prisões pelo cometimento de outros crimes.

Portanto, o sistema penal brasileiro se desvincula do propósito ressocializador da pena privativa de liberdade, corroborando para o cenário de reincidência, uma vez que não disponibiliza os mecanismos necessários para ressocializar o indivíduo na sociedade, pois essa iniciativa deve refletir no tratamento recebido nas prisões, para que assim, após o cumprimento de pena, a mulher encarcerada tenha condições de recomeçar a sua vida em sociedade, sem ser estigmatizada como ex-detenta e assim, começar uma nova vida longe das atividades ilícitas.

CONCLUSÃO

A condição subalterna feminina na sociedade, perpetuada ao longo da história, atuou de modo a favorecer as violações à sua integridade, bem como aos direitos que surgiram posteriormente. O status de inferioridade atribuído às mulheres, fortaleceu o exercício da dominação patriarcal, cujos traços culturais misóginos e sexistas construídos socialmente, corroboraram para garantir o domínio sobre os corpos femininos e o protagonismo do gênero masculino nos espaços de poder.

Nesse sentir, a figura atrelada ao feminino assumia traços de fragilidade, submissão e docilidade, contudo, tal perfil construído e

idealizado pela sociedade, não correspondia ao exercício da criminalidade, representando uma ruptura aos estereótipos de gênero. Portanto, quando as regras são quebradas e as mulheres começam a delinquir, se vislumbra uma mudança de paradigmas que significa, de certo modo, o enfraquecimento da ordem patriarcal.

Todavia, a mulher ao ingressar no sistema penal é submetida à um duplo grau de penalização, sendo eles: a esfera legal, onde o direito penal assume o papel de aplicação da pena, através de mecanismos punitivos; e por último, se observa a esfera social, onde a própria sociedade se incumbe da responsabilidade em realizar um “julgamento” moral, com base na figura feminina idealizada pela cultura patriarcal.

De forma prática, ao delinquir, a mulher que, por vezes, já advém de uma classe social invisibilizada pelo Estado, além de ser penalizada no âmbito do direito, sofre com a exclusão social por ser mulher infratora, refletindo, inclusive, no tratamento recebido por trás das grades. Para as mulheres, o cárcere feminino se revela como um reprodutor de desigualdades, uma vez que as especificidades femininas são ignoradas pelo Estado, contribuindo para o cenário de violações que, por vezes se manifesta como mais um mecanismo de punição governamental, quando este se vê pressionado a resolver questões relativas ao sistema prisional.

Os relatos da realidade nas prisões indicam a urgência de se debater medidas emergenciais para efetivar os direitos e garantias das mulheres presas, visando encontrar ferramentas capazes de assegurar o acesso à direitos básicos, como assistência à saúde, materiais de higiene e ambientes adequados para o cumprimento de pena, visto que se tratam de condições mínimas.

O oferecimento de assistência às especificidades femininas, além de representar uma medida eficaz em favor dos Direitos Humanos, colabora para resguardar a integridade física e moral das mulheres encarceradas, atuando, inclusive, como forma de ressocializá-la à sociedade, uma vez que, quando não há a observância das condições mínimas relativas à dignidade, o indivíduo perde a própria identidade e status “humano”, deixando de se sentir parte da sociedade e portanto, atuando contra ela.

A inobservância do Princípio da Humanidade, que prevê a inadmissibilidade de penas vexatórias e cruéis no cumprimento da pena, se torna evidente diante dos fatos observados pela CPI do Sistema Carcerário de 2009, cujo cenário de violações aos direitos humanos se torna cada vez

mais presente diante da ausência de políticas públicas de enfrentamento à essa crise do sistema prisional. Nesse aspecto, o próprio Estado, reconhecido como soberano e garantidor de direitos, acaba por transgredir os tratados internacionais e legislações nacionais, enfraquecendo o papel do sistema penal, reconhecido apenas por práticas repressivas, cuja natureza contribui para o crescimento da criminalidade, em razão do modo de atuação do Estado.

O funcionamento das estruturas prisionais no modelo atual não fornece recursos adequados aos internos em geral, e muito menos as mulheres, porque foi pensada e construída ao longo dos séculos pelos homens e para os homens. O quadro torna-se ainda mais delicado no momento em que considerarmos o aumento progressivo do índice de “aprisionamento” feminino. As condições ambientais vivenciadas pelas mulheres reclusas não fornecem nenhum tipo de benefício, ao contrário, são violentas, agressivas e estimula vícios e degradações.

Sendo assim, reavaliar o atual contexto carcerário feminino se torna indispensável para a formulação de políticas públicas de Estado e não de governo, que possam ser aplicadas como princípios norteadores da dignidade da pessoa humana, a fim de tornar o ambiente prisional um espaço de recomeços e não retrocessos. Afinal, nunca estivemos tão amparados pelo Direito, no entanto, na prática, as regras e comportamentos em geral, muito se distanciam da legalidade.

REFERÊNCIAS

ALGRANTI, Leila Mezan. *Honradas e devotas: mulheres da colônia*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992. 369 p. Disponível em: < https://www.pagu.unicamp.br/pf-pagu/public/files/arquivo/69_algranti_leila_mezan_termo.pdf > Acesso em: 27 mar 2022.

BARSTED, Leila Linhares. Os Direitos Humanos na Perspectiva de Gênero. *I Colóquio de Direitos Humanos*: São Paulo, 2001. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod_dados=1116 Acesso em: 20 abr 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. 615p. – (Série ação parlamentar: n. 384). Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 26 jul 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)*. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 12 out 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Violações de direitos humanos em presídios femininos são denunciadas na Câmara. 2019 Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 26 jul 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Infopen Mulheres*. Brasília: MJSP, 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Gabinete do Ministro. *Portaria Interministerial MJ/SPM n.º 210*, de 16 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE). Diário Oficial da União: n.º 12, seção 1, pág. 75. Brasília, DF, 2014.

COLARES, Leni Beatriz Correia; CHIES, Luiz Antônio Bogo; Mulheres nas so(m)bras: inviabilidade, reciclagem, e dominação viril em presídios masculinamente mistos. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 18, p. 407-423, maio-agosto, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2010000200007/13626> Acesso em: 12 dez 2022

DIAS, Felipe da Veiga; COSTA, Marli Marlene Moraes da Costa. *Sistema Punitivo e Gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7 ed. Editora Perspectiva: São Paulo, 2001.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. 2 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016.

KELNER, Lenice. *A inconstitucionalidade das penas cruéis e infamantes: da voz da criminologia crítica à voz dos encarcerados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcelo-neves/a-forca-simbolica-dos-direitos-humanos> Acesso em: 04 abr 2022.

PINHEIRO, Ana Laura Lobato. *Direitos Humanos das Mulheres*. Brasília: Ministério da Economia - IPEA, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190327_tema_i_direitos_humanos_das_mulheres Acesso em: 14 abr 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cadernos de Pesquisa. V. 35, n. 124, janeiro-abril, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?lang=pt> Acesso em: 18 abr 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RECEBIDO EM: 02/03/2022

APROVADO EM: 05/08/2022

A COMPATIBILIDADE DA CONFIDENCIALIDADE DA ARBITRAGEM COM O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*THE COMPATIBILITY OF CONFIDENTIALITY IN ARBITRATION WITH THE
PRINCIPLE OF PUBLICITY IN PUBLIC ADMINISTRATION*

Humberto Cunha dos Santos¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A conflituosidade de um tema que se expande a partir da crescente utilização da arbitragem pela Administração Pública. 2. A compatibilidade da preservação da confidencialidade de certas informações com o princípio da publicidade da arbitragem envolvendo a administração pública. 2.1 A publicização como um dever instrumental, compatível com a manutenção de confidencialidade de certas informações – análise a partir da lei de acesso à informação e aos debates que resultaram na

1 Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pelo CEUB. Pós-graduação lato sensu em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV. Pós-graduação lato sensu em Regulação Econômica pelo CEFET/RJ. Bacharel em Direito pelo CEUB e Licenciatura em Ciências Sociais pela UnB. Professor de Direito do CEUB. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União - AGU, com atuação perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Pesquisador sobre organização jurídica dos mercados (GECEM/Unb e NPM/CEUB).

edição da Lei 13.129/15. 3. A delimitação de quais informações devem ser publicizáveis. Conclusão. Referências.

RESUMO: O objetivo do texto consiste em discutir como deve se dar a compatibilização da confidencialidade do procedimento arbitral com a observância do princípio constitucional da publicidade diante de arbitragens que envolvam a resolução de conflitos entre agentes privados e os entes da administração pública, tendo em vista o cenário de ampliação da utilização do expediente arbitral pela Administração Pública. Propõe-se a abordagem do tema a partir do que determinam a lei geral de arbitragem, a lei geral de contratações públicas e a lei de acesso à informação, buscando conciliar a possibilidade de observância da confidencialidade de certas informações reputadas sensíveis pelos agentes privados com o dever de publicidade reclamado por essas leis.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Publicidade. Confidencialidade. Informações sensíveis. Sigilo.

ABSTRACT: The objective of the text is to discuss how the confidentiality in arbitration's procedure should be reconciled with the constitutional duty of publicity in arbitrations that involve the resolution of conflicts between private agents and public administration entities, given the expansion' scenario of arbitration by the public administration. It is taken an approach of legal analysis of the general arbitration's law, the general law of public's contracts and the law of information's access, seeking to reconcile the possibility of maintenance the confidentiality of certain information deemed sensitive by private agents with the publicity duty required by these laws.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Publicity. Confidentiality. Sensitive information. Restriction.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a discutir como deve se dar a compatibilização do sigilo do procedimento arbitral com a observância do princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput*, da CF/88) quando estivermos diante de arbitragens envolvendo a resolução de litígios entre agentes privados e os entes da administração pública.

O tema permite diversos enfoques. Propõe-se inicialmente analisá-lo à luz do que determina o §3º do art. 2º da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/15, que impõe a observância do princípio da publicidade nesse tipo de arbitragem. Na dicção legal: “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

Essa mesma prescrição consta do art. 152 da recente lei geral de regência dos contratos administrativos, Lei nº 14.133/21, ao dispor que “a arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.”

A partir, portanto, desses comandos legais, propõe-se uma leitura que permita harmonizar meios aptos a assegurar o exercício do escrutínio revisional legitimador das decisões arbitrais, vetor central de justificação de observância do princípio da publicidade, mas que, ao mesmo tempo, também confira proteção ao interesse legítimo de particulares de não revelarem informações reputadas de caráter sensível, prática que tradicionalmente acompanha o procedimento arbitral.

Como deve ser cumprida a publicidade exigida pela legislação e quais, portanto, devem ser as informações abrangidas por esse dever são perguntas que pretendem ser enfrentadas neste artigo, sem haver, por óbvio, qualquer pretensão de se esgotar um tema que ainda ensejará muita discussão.

Para tanto, na estruturação do artigo, algumas premissas se mostram importantes: (i) é preciso que se entenda que a publicidade exigida pela lei deva se mostrar atrelada a uma finalidade: permitir o escrutínio sobre o que foi objeto de deliberação (o que foi tratado) e como foi deliberado (a constatação da higidez do procedimento). Além disso, (ii) deve-se admitir como juridicamente relevante a preservação do interesse legítimo de não publicizar informações sensíveis utilizadas ao longo do procedimento arbitral, as quais só poderiam ser compartilhadas com órgãos revisionais em situações estritamente necessárias, sempre sob motivação expressa

de se mostrarem atreladas ao indispensável exercício da finalidade de escrutínio ora descrita.

Na estruturação do artigo, além desta breve introdução, segue um tópico voltado a contextualizar a conflituosidade que o tema carrega e, a partir daí, discutir a compatibilidade da preservação do sigilo de certas informações com o princípio da publicidade, tendo por enfoque a legislação de acesso às informações públicas. Assentada a possibilidade de coexistência desses valores, o raciocínio se volta a delimitar, portanto, quais informações deveriam ser publicizáveis. Ao final, é apresentada conclusão que pretende contribuir na preservação de boas práticas envolvendo a utilização da arbitragem no país.

O método utilizado foi o de revisão da literatura e de alguns precedentes judiciais, cotejados com a análise de dispositivos legais que lidam com o tema, acompanhado de resgate das justificativas apresentadas pelo legislador para promoção de mudanças na lei geral de arbitragem.

1. A CONFLITUOSIDADE DE UM TEMA QUE SE EXPANDE A PARTIR DA CRESCENTE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Em levantamento empírico sobre a percepção de diversos agentes envolvidos com o tema, a abranger “*private practitioners, full-time arbitrators, in-house counsel, experts and other stakeholders*”, pesquisa conduzida pela universidade Queen Mary apontou que, para 87% dos respondentes, há uma percepção compartilhada de importância da confidencialidade envolvendo a arbitragem no comércio internacional. (QUEEN MARY, 2018, p. 27).

Esse achado empírico coaduna com a maior parte da literatura especializada que costuma realçar como esse tema se mostra sensível e relevante para aqueles que usualmente se valem do procedimento arbitral.

Por outro lado, tem-se verificado que as cláusulas compromissórias de arbitragem envolvendo entes da administração pública vêm se tornando cada vez mais comuns nos contratos em geral, especialmente nas grandes contratações públicas.

Ao discorrer sobre os “objetivos públicos justificadores das concessões”, por exemplo, Floriano de Azevedo Marques Neto destaca a pressão econômica para atrair investimentos privados para fazer frente aos custos elevados relacionados à prestação dos serviços públicos, além

de uma busca por eficiência na prestação desses serviços por força da racionalidade econômica que moverá o comportamento dos concessionários privados. (MARQUES NETO, 2015, p.170-171).

O autor salienta, contudo, que esses objetivos só conseguirão restar materializados se houver harmonização do “plexo de interesses” que envolve esse tipo de contratação, o que inclui considerações sobre como a arbitragem se concretizará nos pactos concessórios, com respeito também aos legítimos interesses privados. (MARQUES NETO, 2015, p. 174).

Admitindo, portanto, que se mostra relevante que a experiência nacional convirja com as boas práticas internacionais na utilização desse meio de resolução de controvérsias, até mesmo como forma de atrair capital estrangeiro para as grandes obras passíveis de delegação, deve-se perquirir qual amplitude que o princípio da publicidade deve adquirir. Para se chegar a esse objetivo, acredita-se que o ponto de partida deve partir de uma postura menos avessa ao sigilo ou à preservação da confidencialidade de algumas informações, buscando compatibilizá-lo com as exigências requeridas pela necessidade de se publicizar determinados atos.

É bem provável que esse tema renderá muitas discussões. Além da crescente previsão da arbitragem nos procedimentos licitatórios que permitirão as contratações públicas de maior monta, há sinalização legal de expansão de sua utilização para outras modalidades de contratação, tal como assim preveem os arts. 151 e 153 da já mencionada Lei nº 14.133/21.

A nova lei geral de contratações públicas prevê a utilização da arbitragem para prevenção e resolução de controvérsias em geral, mas também para solução de “controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.” (art. 151).

E, para aqueles casos em que o procedimento arbitral não restou previsto originalmente no procedimento licitatório, o art. 153 permite o aditamento dos contratos “para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”, o que, por óbvio, também permitirá a inclusão da arbitragem em instrumentos celebrados antes da publicação da Lei.

Digno de nota é relembrar o impacto que a ampla abrangência de aplicação da Lei nº 14.133/21 possui, visto abarcar todas as contratações da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º), com previsão de revogação da histórica Lei nº 8.666/93, após decorrido o prazo de dois anos de sua vigência (art. 193, II).

Na medida, portanto, em que tenhamos mais sentenças arbitrais proferidas, acompanhadas, por certo, de algum grau de sigilo de determinadas informações contidas nesses procedimentos, aumenta-se a probabilidade de que os órgãos revisionais (como o Judiciário, Tribunais de Contas, Ministérios Públicos e órgãos de fiscalização e controle em geral, internos e externos), espalhados por todos entes da Federação, sejam instados a se manifestarem sobre a correição e higidez desses procedimentos.

A arbitragem é um instituto forjado, originalmente, no âmbito do direito privado. (*“L’arbitrage est un mode privé de règlement des litiges”* – OCDE, 2011, p. 19) O fato de só poder recair sobre a resolução de disputas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis revela sua gênese e também os contornos que devem envolver a delimitação das matérias que restarão sujeitas a esse meio alternativo à jurisdição estatal de resolução de contendas. O art. 1º, §1º da Lei 9.307/96 expressamente prevê que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

É de se esperar, portanto, que nosso meio jurídico passe por um período de assimilação na utilização desse mecanismo, com potencial estranhamento de certas práticas e procedimentos por intérpretes tradicionalmente mais familiarizados com institutos publicistas. Para suavizar esse impacto, cabe, desde logo, reconhecer a possibilidade de compatibilização da confidencialidade de certas informações com os preceitos publicistas exigidos pela presença da administração pública.

2. A COMPATIBILIDADE DA PRESERVAÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE DE CERTAS INFORMAÇÕES COM O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Carlos Carmona vem há bastante tempo tentando minar a resistência da utilização da arbitragem no país. Tendo participado das discussões que culminaram na elaboração da nossa lei geral de arbitragem, em obra clássica (CARMONA, 2009, p. 51), desde a sua primeira edição, o autor se esforça a “exorcizar fantasmas que assombram” a utilização do instituto, como ele assim se refere ao tema.

Um deles seria a suposta incompatibilidade da arbitragem envolvendo a administração pública com o sigilo de informações do procedimento, à luz do que exigem os princípios da transparência e da publicidade.

Segundo o autor, tratar-se-ia de um falso dilema, visto que os próprios envolvidos poderiam abrir mão do sigilo do procedimento. Ademais, mesmo antes da edição da Lei nº 13.129/15, Carmona já ressaltava que, por imperativos de controle e prestação de contas exigidos de qualquer atividade estatal, não seria possível cogitar em sigilo absoluto do procedimento arbitral. Propunha, portanto, solução intermediária, em que se daria acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o procedimento. (CARMONA, 2009, p. 51).

Selma Maria Lemes (2003, p. 405) tem trilhado no mesmo sentido. Ao tratar da arbitragem envolvendo concessionários privados e entes públicos, a autora destaca a necessidade de observância do princípio da publicidade aliada à “adequada privacidade nas audiências, bem como quanto aos documentos comerciais e estratégicos das empresas que instruírem o processo arbitral, salvo, evidentemente, disposição em contrário das partes ou determinação legal.”

Após a publicação desses trabalhos, presenciamos a aprovação de uma sucessão de atos normativos que reforçam a possibilidade de coexistência entre o dever de publicidade e a preservação do sigilo de informações de caráter sensível dos envolvidos nas arbitragens, especialmente considerando aquelas de conteúdo comercial. Dentre esses instrumentos legais, a recente Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/18), por exemplo, atribui a competência à Autoridade Nacional de Proteção de Dados de “zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei” (art. 55-J), prescrevendo a necessidade do órgão “zelar pela preservação do segredo empresarial e do sigilo das informações”, no exercício das competências listadas no dispositivo (§5º do art. 55-J).

Esses comandos se harmonizam com os termos tratados pela Lei nº 12.527/11 (Lei de acesso à informação), regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, os quais, em conjunto, passam a ser brevemente discutidos com o objetivo de assentar como o princípio da publicidade dialoga com a preservação do sigilo de informações sensíveis.

2.1 A PUBLICIZAÇÃO COMO UM DEVER INSTRUMENTAL, COMPATÍVEL COM A MANUTENÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE DE CERTAS INFORMAÇÕES – ANÁLISE A PARTIR DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E AOS DEBATES QUE RESULTARAM NA EDIÇÃO DA LEI 13.129/15

O cumprimento ao dever de publicidade nas arbitragens envolvendo a administração pública pode ser analisado à luz do que determina a Lei nº 12.527/11, regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, já que a publicização de atos que envolvam o Poder Público perpassa pela possibilidade de se dar conhecimento ao público e, por extensão, a todas as instituições legitimadas ao exercício de controle e fiscalização da administração pública acerca da higidez jurídica do que fora praticado.

Da conformação democrática de que “todo o poder emana do povo” (parágrafo único do art. 1º da CF/88), advém o dever do agir público e transparente exigível de toda a administração (art. 37, *caput*, da CF/88), a fim de que a população tenha condições, a partir do acesso às informações, de fiscalizar como tem se dado o exercício do poder que foi por ela conferido aos agentes públicos investidos a exercê-lo.

Um passar de olhos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) indica que esse compromisso esperado no agir da administração pública assegura, na prática, uma garantia instrumental para que a sociedade possa realizar o controle sobre os atos praticados, sem que isso importe num dever irrestrito de publicização de todo tipo de informação, já que a proteção ao sigilo também configura hipótese de preservação de direitos individuais constitucionalmente protegidos (art. 5º, X, XII, XIV, XXXIII, LX). O entendimento do STF pode ser retratado a partir de breve trecho de voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, por ocasião do julgamento de liminar na ADI 6347 MC-REF / DF, onde se destaca que:

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade. À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. A participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes, como

lembrado pelo JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais, que somente se torna efetivamente possível com a garantia de publicidade e transparência. *O acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático*, que abrange “debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta” (Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72). (grifos acrescentados)

Do que se extrai desse relevante precedente, primeiramente, é a ideia de que o dever de publicidade recai, em princípio, à administração pública e abrange certas informações. O fato de a administração pública ter acesso a informações reservadas, como, por exemplo, revelações sobre determinada estratégia empresarial adotada por um concessionário para lidar com o risco geológico numa concessão de obra pública, não torna essas informações automaticamente públicas.

O mesmo ocorre na arbitragem. Não há um toque de midas que torne públicas todas as informações reveladas e utilizadas no procedimento arbitral pelo simples fato de haver a presença da administração pública. O Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, ao regulamentar a Lei nº 12.527/11, deixa claro que “as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de *direito privado* obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos” não se sujeitam ao disposto por esses normativos (art. 5º, §2º - grifos acrescentados).

E, no dispositivo seguinte, o mesmo Decreto nº 7.724/12 reforça que “o acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça.” (art. 6º, I).

A natureza privada, associada a certos atributos daquilo que se cogita, pode exigir o tratamento sigiloso a determinadas informações, visto serem passíveis de caracterizar o que se convencionou chamar de “segredo de empresa” ou “segredo de negócio”, expressões que, no

nosso ordenamento jurídico, fazem parte do conjunto patrimonial de um empresário enquanto tipos de propriedade intelectual.

Por mais desafiador que seja a conceituação desse tipo de bem, Elisabeth Fekete propõe compreendê-lo como “conhecimento utilizável na atividade empresarial, de caráter industrial ou comercial, de acesso restrito, provido de certa originalidade, lícito, transmissível, não protegido por patente, cuja reserva representa valor econômico para o seu possuidor, o qual exterioriza o seu interesse na preservação do sigilo através de providências razoáveis.” (2003, p. 420).

O conceito proposto pela autora se coaduna com a obrigação de proteção às “informações confidenciais”, reclamada pelo TRIPS, acordo multilateral vigente no Brasil por força do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que, em seu artigo 39, assegura o direito de “evitar que informação legalmente sob controle de pessoas físicas ou jurídicas seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas.” (art. 39, §2º).

Por ocasião dos debates na Câmara dos Deputados, o então Projeto de Lei (PL) nº 7.108-A, de 2014, proveniente do Senado Federal, que resultou na Lei nº 13.129/15, contou com discussão sobre a conveniência de se fazer constar menção expressa de que o respeito ao princípio da publicidade deveria vir acompanhado da observância ao “sigilo de informações comerciais e restritas dos particulares envolvidos.” A justificação da emenda apresentada na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público teve a seguinte redação:

Não obstante o dever de publicidade dos atos da Administração Pública, encartado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, é preciso observar que nas arbitragens da Administração Pública é possível que sejam discutidas informações comerciais dos particulares envolvidos. Nestes casos, é preciso resguardar o sigilo dessas informações, diante do risco de comprometer o segredo de empresa. (p. 549)

Apesar de a emenda não ter sido acatada na versão final do PL aprovado, não houve divergência quanto ao mérito daquilo que se propunha. A justificativa para rejeição do texto foi apenas por não se vislumbrar ali algo necessário, deixando ao alvedrio do árbitro a decisão sobre a amplitude da publicidade a ser dada caso a caso. Pela importância de se deixar aclarada a mens legis, vale destacar a fundamentação da rejeição da redação proposta:

Ainda que louvável a ideia de complementar o referido artigo, não se mostra essencial, até porque o Brasil já tem uma década de arbitragem envolvendo o poder público e uma jurisprudência consolidada. Ademais, a necessidade de controle já existe com a inserção da necessária publicidade. Assegura-se uma atividade administrativa transparente e visível. Possibilita o controle pelo público dos atos da administração pública sempre que necessário e conveniente.

Princípios também têm limites, e ao árbitro caberá decidir a amplitude da publicidade a ser dada ao processo. Em havendo trato de questão sensível ou da existência de fato que justifique o segredo de justiça, esse será concedido, até porque o princípio da publicidade sempre deve ser aplicado em conjunto com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Cabe considerar ainda que o sigilo pode ser de interesse do ente público, e não somente do ente privado. (p. 550)

Com as lentes de hoje, a conclusão é que a Câmara dos Deputados subestimou a complexidade que a assimilação da arbitragem traria ao nosso meio jurídico, especialmente perante as instâncias revisionais dotadas de intérpretes tradicionalmente mais familiarizados com institutos publicitas.

Não há dúvidas de que a previsão de um comando legal expresso na Lei nº 9.307/96 que determinasse a observância da publicidade em conciliação com os institutos de preservação do sigilo contribuiria para redução de entendimentos discrepantes sobre o tema. Pouparia, por certo, muito esforço argumentativo e tornaria boa parte da abordagem deste artigo irrelevante.

Não se pode desconsiderar, do mesmo, uma insistente tradição, excessivamente formalista, que marca a compreensão, o ensino e a prática do Direito em nosso país, a qual transmite a compreensão do Direito como sendo “um conjunto coerente de formas abstratas e autorreferenciadas” (CASTRO, 2012, p.216), gerando, por consequência, conclusões quase sempre dissociadas da realidade, na qual usualmente o mundo real é utopicamente retratado sem qualquer conflito ou disputas interpretativas.

O abandono dessa excessiva tradição formalista só pode se dar pela abertura interdisciplinar para efetiva compreensão dos fenômenos regulados pela ordem jurídica, com privilegiamento para discussão fática da situação. Inicialmente, mostra-se fundamental compreender e discutir as razões que levam as partes a buscarem a confidencialidade de certas informações. Somente após o esgotamento dessa etapa, é que se poderia

adentrar num juízo tipicamente valorativo se essas razões se mostrariam legítimas ou não à luz do que determina nosso ordenamento jurídico.

Assim encarado, o Direito seria menos conceitualista e mais pragmático (CASTRO, 2012), voltado a, de fato, enfrentar os problemas sociais que reclamam sua intervenção normativa, não se contentando com discussões com baixa capacidade explicativa, travadas exclusivamente num plano abstrato e muito distante do mundo empírico.

A recente decisão proferida pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo auxilia a retratar a quadra nebulosa que se procura evitar. Em sede de agravo de instrumento – sem respeitar, portanto, o quórum qualificado exigido pelo art. 97 da CF/88 – afastou-se o sigilo do procedimento arbitral, por ter se reputado inconstitucional o art. 189, IV do CPC, na medida em que protegeria “interesses estritamente particulares”, impedindo o conhecimento dos jurisdicionados das decisões do judiciário. Cabe destacar a fundamentação central do voto do Desembargador Relator quanto a esse tema:

(...) A regra em questão [art. 189, IV do CPC] é nociva ao sistema jurídico, por provocar assimetria de informações e obstar a formação do direito (consolidação dos precedentes e da jurisprudência).

Ademais, tal restrição à publicidade obsta o conhecimento e o controle social sobre temas relevantíssimos, inclusive por pessoas relacionadas de forma direta ou indireta com o litígio (como, por exemplo, os acionistas de companhias abertas), em razão da absoluta falta de acesso aos processos e aos provimentos jurisdicionais, seguido pela absoluta falta de acesso aos procedimentos arbitrais.

Por consequência, há evidente prejuízo à tomada de decisões por pessoas que desconhecem a forma pela qual as normas abstratas são concretizadas, o que, ademais, sem razoabilidade, gera situação favorável aos pouquíssimos que têm acesso às informações socialmente tão relevantes.

Diante do exposto, indefiro a tramitação do processo em segredo de justiça, ao menos com fundamento na aplicação automática do art. 189, IV, do CPC, reputando-o inconstitucional. (TJSP, 2021).

O fato de contarmos com previsão legal, há mais de duas décadas, a respaldar a utilização da arbitragem em nosso país não se mostra suficiente para assegurar que a aplicação desses comandos se mostrará condizente com as boas práticas de regência do instituto. Quando se está diante da ampliação dos legitimados a dizerem como a arbitragem deva

ser compreendida, somente a partir do estudo, reflexão, incorporação, comparação, assimilação e outras ações que traduzam a aquisição gradativa de prática e familiaridade com o tema é que se pode esperar alguma estabilização – mais ou menos duradoura – de alguns consensos fundamentais sobre o tema. A literatura institucionalista, desde os trabalhos iniciais de Veblen, Hamilton e Commons, mostra-se útil para compreender a força que “hábitos de pensamento enraizados” possuem no funcionamento das instituições. (SALLES, 2017, p.17).

A ampliação da utilização da arbitragem pela administração pública, acompanhada da possibilidade de realização de escrutínios revisionais por diversos outros atores e instituições jurídicas, amplia, na linguagem de Bourdieu (2010, p.212), o campo dos legitimados a estabelecer os novos consensos sobre o que vem a ser as interpretações mais adequadas sobre esses institutos.

Nesse contexto, a replicação de entendimentos mais extremados, como o exarado por órgão especializado do judiciário paulista, pode minar a vasta potencialidade de utilização da arbitragem no Brasil, a qual poderá abranger, inclusive, áreas com feições mais publicistas, como, por exemplo, o antitruste (OCDE, 2011). Esse tema, contudo, foge do escopo deste artigo. Serve apenas para realçar a preocupação de não se enveredar por caminhos mais radicais, acabando por tolher precocemente a utilização do instituto, pois cláusulas de confidencialidade são comuns nos procedimentos arbitrais e não são direcionadas a prestigiar qualquer obscurantismo perverso, mas sim preservar informações consideradas sensíveis aos litigantes, ou mesmo a envolver esforços de preservação reputacional das empresas enquanto estratégia de “gerenciamento de identidade corporativa.” (MACHADO FILHO; ZYLBERSZTAJN, 2004, p.87).

No rico tema de como a empresa é percebida no meio social, vale ter em mente a construção de um imaginário “reconhecido pelo seu nome e pelas suas apresentações, formando imagens mentais que levam à formação da reputação corporativa na percepção das pessoas”, o que permite admitir que a imagem criada se apresente como um dos bens intangíveis no mundo corporativo. (MACHADO FILHO; ZYLBERSZTAJN, 2004, p.89).

Mostra-se legítimo, portanto, que os gestores da empresa se preocupem em preservar a imagem corporativa, buscando restringir a publicidade de informações que possam ensejar interpretações e narrativas lesivas à reputação da companhia. Guardadas as devidas especificidades, a preocupação com a preservação reputacional auxilia a compreender

a razão de algumas companhias celebrarem termos de ajustamento de conduta ou termos de compromisso de cessação de práticas junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e Agências Reguladoras setoriais, mesmo diante de frágil acervo probatório, sob a motivação central de preservação da imagem da companhia perante terceiros, ainda mais se for considerada a facilidade que os meios digitais hoje possibilitam para criar e disseminar investidas contra a imagem de qualquer um.

Mais uma vez, valendo-se da pesquisa empírica realizada pela Universidade Queen Mary (2008, p. 7), além da confidencialidade ser tida como um elemento atrativo ao procedimento arbitral, a maioria dos respondentes tomam-na como ínsita à arbitragem, o que leva essa maioria a entender que a cláusula-padrão (default) deveria ser pela opção presumida a favor da confidencialidade (*“most respondents think that confidentiality should be an opt-out, rather than an opt-in, feature.”*).

No entendimento de Sérvulo Correia (2019, p. 757), a profusão demasiada de entendimentos publicistas e diversos temores com a utilização da arbitragem envolvendo a administração pública levou a uma série de modificações legislativas em Portugal que, no entendimento do professor catedrático da Universidade de Lisboa, gerou uma “recente involução do instituto jurídico da arbitragem administrativa” naquele país. Por certo que o Brasil não precisa trilhar por esse mesmo caminho.

Tendo respondido, portanto, em grandes linhas, como deve ser cumprida a exigência de publicidade das arbitragens que envolvam a administração pública, passa-se a enfrentar quais informações devem restar abrangidas por esse dever.

3. A DELIMITAÇÃO DE QUAIS INFORMAÇÕES DEVEM SER PUBLICIZÁVEIS

O tema sobre quais informações devem restar sujeitas à publicidade exigida pela legislação quando envolver a arbitragem com entes da administração pública também pode ser encarada sob ângulos distintos. Conforme discutido na seção anterior, num sentido mais estrito, esse dever recairia sobre as informações reputadas essenciais a permitir o conhecimento da existência desses procedimentos, além de possibilitar a compreensão sobre o que foi por eles tratados.

Se for tomada a experiência atualmente existente no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (AGU), por exemplo, no campo específico

sobre a atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem, ver-se-á que ali se encontram à disposição do escrutínio popular as informações necessárias a assegurar o que precedente do STF denominou como “garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático”, cumprindo, portanto, com o dever de publicidade exigido pela legislação que regula o acesso à informação pública.

No referido sítio há a listagem de todos os casos que reclamaram a atuação da AGU, com identificação (i) do processo e da câmara de arbitragem; (ii) o setor específico demandado – energia, transporte, petróleo e outros – (iii) o valor do procedimento; (iv) a identificação dos árbitros; (v) os requerentes; (vi) os requeridos e (vii) as informações sobre a fase processual de cada procedimento, com um breve resumo da situação em que se encontra.

Em aba específica, há detalhamento dos casos referentes a (i) Alejandro mudes; (ii) Fundos Petrobrás; (iii) Galvão; (iv) Libras; (v) Msvia; (vi) Proteus; (vii) Rota do Oeste e (viii) ViraCopos. Nesses casos, são disponibilizadas informações e os próprios termos de compromisso arbitral, sentenças arbitrais, atas de missão e outros documentos que permitem escrutínio detalhado sobre as questões versadas nos referidos procedimentos arbitrais.

A prática do órgão de representação jurídica da União e de suas autarquias e fundações públicas coaduna-se, portanto, com o entendimento atual do Tribunal de Contas da União (TCU) e com o que exige nossas leis em relação ao tema. Em acórdão julgado em 25 de novembro de 2020, o TCU assentou parâmetros sobre quais informações constantes nas arbitragens envolvendo a administração pública deveriam restar publicizáveis. Consta do AC 3.160/20:

98. Quanto à profundidade da publicidade do procedimento arbitral que envolve a administração pública, devem ser observadas as regras dispostas no art. 26, inciso I, da Lei 9.307/1996, que devem ser divulgadas *a existência de arbitragem com a Administração Pública, identificando-se as partes e o objeto, bem como os principais atos da arbitragem*, notadamente a convenção arbitral, o termo arbitral e a íntegra da sentença arbitral, em que já constará o relatório do desenrolar da arbitragem (art. 26, inciso I, da Lei 9.307/1996). *Adicione-se, ainda, a divulgação das despesas que o erário teve com a arbitragem — aí incluídos honorários de árbitros, verbas de sucumbência, custas da câmara arbitral e despesas periciais.*

99. A *accountability* também pode ser tratada do ponto de vista horizontal, onde se destaca a participação do Ministério Público e Tribunal de Contas, que pode ter contato com esta matéria por ocasião da análise dos editais de licitação e dos contratos administrativos, seja de novas licitações ou nos casos das prorrogações de contratos já vigentes que eventualmente incluam convenção de arbitragem dentre as cláusulas a serem pactuadas. (grifos acrescidos)

Esse tema, entretanto, também pode ser encarado numa dimensão mais ampla, o que permitiria elastecer o dever de publicidade para que também abarcasse o fomento a uma cultura de conhecimento mais alargado do conteúdo das sentenças arbitrais, contribuindo, dessa forma, para melhoria das práticas administrativas, dos empresários, da qualidade das decisões dos árbitros e do incremento dos estudos acadêmicos na área. Segundo Rodrigo Fonseca e André Correia (2012, p.147), a confidencialidade na divulgação das sentenças arbitrais gera um “prejuízo técnico-científico” muito grande para o Direito.

Alguns trabalhos mais recentes têm trilhado nesse sentido, como ilustra a proposta trazida por Gustavo Schmidt (2016), num esforço até mesmo de sistematizar uma regulamentação para o tema. As particularidades da casuística dificultam a generalização de quais informações devem ser necessariamente objeto de publicização, mas parece não haver muita dúvida de que a decisão arbitral, com supressão de trechos confidenciais, poderia ser publicizada ao final do procedimento. Não há muito consenso, contudo, se a ampliação da publicidade das sentenças arbitrais de fato traria todos os benefícios propagados por parte da literatura.

Deixando o aprofundamento dessa discussão para outra oportunidade, deve, contudo, restar assentado que o que se mostra exigível é que a publicidade das informações reste atrelada à finalidade de permitir o escrutínio sobre o que foi objeto de deliberação (o quê) e como foi deliberado (a própria higidez do procedimento arbitral), preservando-se, em todos os casos, o sigilo das informações sensíveis, tal como anteriormente discutido.

CONCLUSÃO

Eros Grau (2008, p. 314), em tom premonitório, advertia que “o debate a respeito da juridicidade da solução mediante arbitragem de conflitos entre as partes nos ‘contratos administrativos’ será facilmente espancado se um mínimo de reflexão vier a ser praticado em torno do núcleo da questão.” Pois bem, constitui questão nuclear delimitar qual a

extensão que o preceito publicista deve adquirir na prática da arbitragem envolvendo a administração pública no nosso País.

A aplicação irrestrita do princípio da publicidade não se mostra o melhor caminho a ser seguido. Esse agir pode ensejar a revelação indevida de segredos, estratégias e negócios de agentes submetidos ao procedimento arbitral, frustrando interesses legítimos associados aos direitos de propriedade intelectual.

Além disso, uma prática que consolidasse a publicidade irrestrita de todas as informações contidas no procedimento arbitral poderia gerar, por efeito indireto, o desestímulo à utilização desse meio de resolução de disputas, podendo, no extremo, afugentar agentes internacionais relevantes para a consecução de objetivos públicos que as contratações com a administração pública procuram concretizar em nosso País. A preocupação reputacional das empresas não é um temor desprezível, ainda mais num mundo em que a internet e as redes sociais permitem todo tipo de investida, com alta capacidade de produção de danos à imagem corporativa em pequenas frações de tempo.

Paula Forgioni (2016, p. 121-123) destaca a importância da “força motriz da propriedade intelectual” na compreensão da dinâmica de evolução do direito comercial e das práticas competitivas atuais, o que nos permite cogitar numa verdadeira “economia da informação.” A preservação do sigilo de informações sensíveis perpassa, portanto, pela compreensão dessa realidade de funcionamento dos mercados, cada vez mais centrada em bens intangíveis (HASKEL; WESTLAKE, 2018, p.7).

A ampliação da utilização da arbitragem pela administração pública trará outros intérpretes legitimados a refletirem sobre seus institutos. É esperado que se tenha um período de estranhamento e de certa perplexidade com a assimilação de práticas originalmente forjadas num ambiente privado sendo trazidas para espaços tradicionalmente dominados por institutos publicistas.

Para que, portanto, essa travessia não seja muito tormentosa, com diversos procedimentos arbitrais sendo anulados por supostos vícios ou ilegalidades em relação ao princípio da publicidade, mostra-se fundamental considerar a possibilidade de convívio harmônico entre a preservação do sigilo de algumas informações sensíveis do procedimento arbitral com a observância do princípio constitucional

da publicidade, visto que a preservação de sigilo faz parte do dia a dia empresarial em diversas feições, não podendo carregar uma conotação pejorativa *per se*.

O dever de revelação de informações necessárias ao escrutínio popular – ou ao exercício de competências revisional, fiscalizatória ou correccional de outras instituições públicas – não deve descuidar a preservação de informações reputadas sensíveis, reveladas exclusivamente por ocasião do procedimento arbitral, em que remanesce o interesse legítimo de seus titulares em preservarem seu caráter reservado perante terceiros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Advocacia-Geral da União – AGU*. Núcleo especializado em arbitragem. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/nucleo-especializado-em-arbitragem/casos-de-arbitragem-2>. Acesso em 04 de junho de 2022.

BRASIL. *Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.108-A*, de 2014, proveniente do Senado Federal, resultante na Lei nº 13.129/15. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8113C76E85776A35B3652D0E3412E5DB.node1?codteor=1229142&filename=Avulso+-PL+7108/2014. Acesso em 04 de junho de 2022.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.347 MC-REF /DF – Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. Julgamento em 30/04/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753469020>. Acesso em 04 de junho de 2022.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União – TCU*. Tomada de Conta nº 000.723/2020-7. Representação. Relator: Min. Vital do Rêgo. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TeIbcpTEwhAJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSA-GAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultaPagina%3DS%26item0%3D715145+&cd=11&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 04 de junho de 2022.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento em ação anulatória de sentença arbitral. Processo nº 2263639-76.2020.8.26.0000, Des. Rel. Cesar Ciampolini, j. 02/03/2021.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 14 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307 /96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEKETE, Elisabeth Kasznar. *O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André L. *A Confidencialidade na Arbitragem: fundamentos e limites*. In: LEMES, Selma Ferreira e BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado*. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HASKEL, Jonathan; WESTLAKE, Stian. *Capitalism without capital – the rise of the intangible economy*. Oxford: Princeton, 2018.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva - confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Vol. 21. Jul-Set. 2003, p. 387 – 407.

MACHADO FILHO, Cláudio Antônio; ZYLBERSZTAJN, Décio. Capital reputacional e responsabilidade social – considerações teóricas. *Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 11, nº 2, p. 87-98, abril/junho 2004.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques – OCDE. L'arbitrage et le concurrence – Des auditions. Paris: OCDE, 2011. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2022.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>. Acesso em 04 de junho de 2022.

SALLES, Alexandre Ottoni Teatini. *Economia institucional: fundamentos teóricos e históricos*. São Paulo: Unesp, 2017.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação* (dissertação). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. 2016.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *A arbitragem administrativa no domínio dos contratos administrativos*, In: SÉRVULO CORREIA, José Manuel (org.). Estudos de Direito Público, III, Coimbra: Almedina, 2019.

RECEBIDO EM: 03/11/2021
APROVADO EM: 08/08/2022

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO (TAG) E SEU REGIME JURÍDICO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS

THE MANAGEMENT ADJUSTMENT TERM (TAG) AND ITS LEGAL REGIME IN THE COURTS OF ACCOUNTS

José Roberto Pimenta Oliveira¹

Bruno Vieira da Rocha Barbirato²

-
- 1 Bacharel em Administração pela União das Escolas Superiores do Pará (1991). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (1995). Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP (2003). Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP (2009). Professor Assistente-Mestre de Direito Administrativo da PUC-SP. Professor do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da PUC-SP - Núcleo Direito Administrativo. Coordenador Adjunto do Núcleo de Direito Administrativo do Programa de Estudos Pós-graduados em Direito da PUC-SP. Membro da Comissão de Incentivo, Difusão e Aprimoramento de Produção Científica do PPG-Direito-PUCSP. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Professor Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “Contratações Públicas” e “Ponderação de Interesses no direito administrativo e contrafações administrativas” e “História das Ideias políticas”... Procurador Regional da República. Membro do Núcleo de Solução Alternativa de Conflitos (NUSAC) da PRR da 3ª Região.
 - 2 Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Advogado e consultor jurídico

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aspectos relevantes quanto à atividade consensual dos Tribunais de Contas brasileiros. 2. O arcabouço jurídico dos TAG's nos Tribunais de Contas brasileiros: aspectos análogos, distintivos e controvertidos. Conclusão. Referências.

RESUMO: O exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas, durante muito tempo, guiou-se pela perspectiva binária de controle de legalidade e regularidade dos atos administrativos e de gestão. A atividade consensual no âmbito das cortes de contas é relativamente recente, mas já vem demonstrando grandes avanços mormente no que tange ao controle concertado das políticas públicas. Dentre os principais instrumentos deste controle consensual estão os “Termos de Ajustamento de Gestão” (TAG's). Contudo, visando a preservação da racionalidade científica e metodologia do Direito Administrativo e de seu respectivo regime jurídico é muito importante que se compreenda que a consensualidade não se contrapõe aos instrumentos tradicionais do controle externo e sequer pode ser considerada uma pedra de toque ou um princípio geral do Direito Administrativo, sendo necessário para sua manifestação que esteja inserida dentro do rol de competências e prerrogativas do órgão de controle.

ABSTRACT: The exercise of external control by the Courts of Accounts, for a long time, was guided by the binary perspective of controlling the legality and regularity of administrative and management acts. The consensual activity in the scope of the courts of accounts is relatively recent, but it has already been showing great advances, especially regarding concerted control of public policies. Among the main instruments of this consensual control are the “Management Adjustment Terms” (TAGs). However, in order to preserve the scientific rationality and methodology of Administrative Law and its respective legal regime, it is very important to understand that consensuality is not opposed to the traditional instruments of external control and cannot even be considered a touchstone or a general principle of Administrative Law, being necessary for the manifestation of this public prerogative that there is an express legal provision.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunais de contas. Controle consensual. Termo de ajustamento de gestão (TAG). Princípio da legalidade. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB).

KEYWORDS: Courts of accounts. Consensual control. Management adjustment term (TAG). Principle of legality. Law introducing the rules of brazilian law (LINDB).

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Sancionador Brasileiro tem assistido inúmeras e significativas alterações desde a inauguração do Estado Democrático de Direito, com a atual Constituição.³ Uma das mais relevantes está na disciplina da atividade de responsabilização e sancionamento no âmbito dos Tribunais de Contas. Como instituições essenciais na concretização do princípio republicano e de todos os demais princípios que tutelam o interesse público, a atividade sancionadora “de contas” vem sendo impactada com a progressiva expansão da “consensualidade”, mormente sob a justificativa de busca pela eficiência administrativa.

A atuação dialógica e consensual, guiada precipuamente por um viés prospectivo e preditivo, tem se revelado uma tendência adotada por diversos tribunais de contas, em todos os níveis subnacionais, no exercício instrumental de suas competências e visando sempre o cumprimento de sua função constitucional de controle externo, conforme previsto nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, um instrumento de controle consensual tem ganhado grande relevância no âmbito de atuação dos Tribunais de Contas, os denominados *Termos de Ajustamento de Gestão*, que nada mais são do que negócios jurídicos celebrados entre o órgão de controle e a entidade controlada, objetivando, por meio de ação concertada, firmar compromissos no sentido de adequação e correção de falhas detectadas na execução de determinada ação pública em sentido lato, podendo envolver desde atos, procedimentos e processos administrativos, até alcançar o nível maior das políticas públicas.

Estes termos, que avançam no sentido da atuação concertada do controle externo, decorrem essencialmente da instauração de um diálogo institucional entre órgão controlador e órgão controlado, culminando na celebração de uma espécie de acordo ou pacto de gestão entre as partes, por meio da qual o ente fiscalizado assume obrigações de adequação de comportamento, mediante o estabelecimento de metas e prazos para a concretização, correção ou regularização de determinado aspecto da gestão pública, construindo uma solução compartilhada para a resolução do problema que afeta o interesse público primário. Neste sentido, segundo Ronaldo Chadid:

3 Sobre a evolução do Direito Administrativo Sancionador no Brasil fazemos menção aos estudos de José Roberto Pimenta, Francisco Zardo e Alice Voronoff (PIMENTA; ZARDO; VORONOFF, 2020).

(...) o termo de ajustamento de gestão tem sido a forma encontrada para transacionar com o gestor, comprometendo-se este a cumprir o acordo firmado e as metas e objetivos formalmente estabelecidos, sob pena de aplicação de sanções que culminam em atos considerados de improbidade administrativa (CHADID, 2019, p. 244).

O mais interessante é que estes acordos consensuais podem ser celebrados em quaisquer uma das fases em que o controle externo é exercido – preditiva, preventiva, concomitante e posterior – o que possibilita um amplo controle da atividade administrativa, mas desta vez não focado na imperatividade ou na unilateralidade das ações e sim na construção compartilhadas de soluções que atendam e salvaguardem o interesse público primário. Portanto, dá-se relevância não somente ao controle de conformidade e ao controle operacional, mas essencialmente ao controle preditivo e preventivo, cujo objetivo fulcral é justamente evitar a produção de atos ou medidas administrativas que possam colocar em risco a efetividade, eficiência e legitimidade das ações governamentais.

A formulação dogmática dos TAG's em nosso sistema jurídico positivo foi muito influenciada pelos *Termos de Ajustamento de Conduta* – TAC's, previsto no art. 5º, §6º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e até hoje amplamente utilizados pelo Ministério Público na defesa da ordem jurídico e dos interesses difusos. A bem da verdade, a previsibilidade destes termos não surgiu conjuntamente ao advento da lei, mas somente cinco anos depois, em razão da alteração do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que acrescentou o já mencionado §6º ao art. 5º da Lei 7.347/1985 (CHADID, 2019, p. 243).

Este instrumento de controle consensual, amplamente aceito pela majoritária doutrina administrativista brasileira, é previsto em diversas normas que estruturam as competências das Cortes de Contas em nosso país, verificados em suas Leis Orgânicas, assim como em demais normas infralegais – Resoluções, Instruções Normativas, Regimentos Internos – e que demonstra esse novo viés de atuação do controle externo. No âmbito do controle externo da União, exercido pelo Tribunal de Contas da União, apesar de não haver a previsibilidade específica dos TAG's, o tema da consensualidade acaba sendo tratado de outras formas institucionais, através de outros modelos, até mais complexos, mas que fogem ao escopo deste trabalho.

Feita essa abordagem inicial do tema, e antes de passarmos para a análise pragmática do cenário normativo dos TAG's no âmbito dos

tribunais de contas brasileiros, é importante tecer alguns comentários, ainda que breves, quanto aos pressupostos e balizamentos metodológicos para o desenvolvimento da atividade consensual por parte das Cortes de Contas.

1. ASPECTOS RELEVANTES QUANTO À ATIVIDADE CONSENSUAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS

Como já mencionado, a mudança do eixo central do controle externo exercido pelos Tribunal de Contas, focado quase que exclusivamente no controle de conformidade e que, até pouco tempo, guiava tradicionalmente a atuação destes órgãos, para uma matriz de controle preditivo e prospectivo – sem que isso, de certo, importe na irrelevância ou menor importância da manutenção dos controles tradicionais - acrescentou à análise binária de *legalidade/ilegalidade* a verificação de outros critérios envolvendo a legitimidade dos atos administrativos e de gestão.

Essa atuação importou em um *agir* proativo por parte das Cortes de Contas, de modo a orientar e redirecionar a atividade administrativa em prol de melhores resultados para a gestão pública, inclusive no campo da implementação, monitoramento e avaliação de políticas públicas, concretizando-se através da utilização dos chamados *Termos de Ajustamento de Gestão (TAG)*.

Um aspecto muito relevante a se destacar é que este instrumento de controle consensual não se contrapõe aos instrumentos tradicionais de controle utilizados pelos Tribunais de Contas, mormente quando atuam na perspectiva unilateral e utilizando-se de suas prerrogativas imperativas, em sede de auditorias de conformidade e operacionais. Essa atuação unilateral do controle, inclusive no que tange à imposição de sanções e demais penalidades a gestores faltosos, continua sendo de extrema importância para o cumprimento das missões institucionais das Cortes de Contas brasileiras quando da tutela da probidade administrativa, do patrimônio público e dos princípios e regras que regem a boa gestão pública, principalmente em um país marcado por graves escândalos de corrupção em todos os níveis federativos e em todas as esferas dos Poderes constituídos.

As sanções, como afirma Márcia Pelegrini, é um importante instrumento colocado à disposição do Tribunal de Contas pelo legislador constituinte, sem o qual certamente suas funções se esvaziariam (PELEGRINI, 2019, p. 404). Contudo, a referida autora, citando as

brilhantes lições do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (BRITTO, 2001), relembra que o conceito de *funções* e de *competências* são distintos no Direito, sendo o primeiro atinente à própria missão constitucional do órgão e o segundo referente aos poderes instrumentais que são conferidos ao órgão para que essa finalidade seja alcançada.

Neste contexto, compreendendo-se as sanções como instrumentos para a realização da função constitucional das Cortes de Contas, os termos consensuais, de igual modo, também decorreriam diretamente desse rol de múltiplas competências instrumentais atribuídas aos Tribunais de Contas para o bom desempenho da função controladora, desde que haja previsão legislativa para tanto, assunto que trataremos mais a frente.

Com esta afirmação o que pretendemos sustentar é que tanto as sanções - decorrentes da manifestação das prerrogativas imperativas do órgão de controle externo - quanto os acordos substitutivos de sanções, tido como instrumentos legítimos para inaugurar ações concertadas e dialógicas por parte dos Tribunais de Contas, são dois instrumentos ou competências, dentre tantas outras, colocadas à disposição destes órgãos para o adequado exercício da função controladora, devendo a decisão que optar por um ou por outro caminho ser sempre devidamente motivada e fundamentada em juízos racionais e utilizando de ferramentas instrumentais da dogmática jurídica que objetivam conferir a melhor interpretação possível ao Direito.

Desta forma, a possibilidade fática e os pressupostos jurídicos que justificam a celebração destes termos de ajustamento de gestão em nada se contrapõem ao regime jurídico de direito administrativo e tampouco a seus pilares estruturais, erguidos sob os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, os quais foram magistralmente construídos e desenvolvidos, em nosso país, pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 70 e ss). Estes princípios estruturantes de nosso regime jurídico administrativo servem como farol que orienta não só o exercício da função administrativa, em sua atividade de ponderação e concretização do ordenamento jurídico positivo, sempre diante do caso concreto, mas também da própria atividade legislativa, em sua atividade de ponderação e concretização, em plano abstrato, da matriz axiológica constitucional.

A solução pela consensualidade ou pela ação imperativa tradicional dos tribunais de contas não terá jamais respostas no plano abstrato, mas sempre dependerá da análise do caso concreto. As

competências, estas sim, são fixadas em plano abstrato, no exercício da atividade ponderativa do legislador. Contudo, quem dirá se, diante de determinado caso concreto, a melhor alternativa é a consensualidade ou a atuação imperativa do controle externo será sempre o Direito globalmente considerado, através da utilização de métodos dogmáticos de interpretação e compreensão do fenômeno jurídico. Veja-se que o ponto de partida não é a *vontade do agente competente* em agir ou não de forma consensual, como se houvesse um amplo campo para o exercício da discricionariedade administrativa, mas a vontade do ordenamento jurídico, que precisa ser descoberta ou construída pelo jurista e fundamentadamente expressa em sua decisão.

Nesta perspectiva dogmática, Ricardo Marcondes Martins, tratando do fenômeno da consensualidade no âmbito da Administração Pública, afirma que:

(...) a vontade do agente competente, no Direito Público, é pouco importante ou até totalmente irrelevante. Ele não defere a licença ou a indefere porque olha para o administrado e diz: “Ah, eu quero, neste caso concreto, deferir a licença. Ah, me convenci, olha que coisa”. **O Direito “exige”, se corretamente interpretado, que defira, a partir da compensação, que o próprio Direito a admite. E se o Direito exige – se não há discricionariedade –, pode ser que o agente público indefira a celebração do termo de ajustamento de conduta, e o administrado consiga impô-lo no Judiciário.** Se partimos do pressuposto de que esse termo de ajustamento, que esse consenso, não é um consenso decorrente da vontade das partes, de um mero exercício de discricionariedade, mas, sim, **algo que o Direito quer**, podemos mostrar ao juiz que o Direito quer o ajustamento de condutas, e se o administrador não o celebrar, pode ser imposto pelo Judiciário. (MARTINS, 2020, p. 18) **(grifo nosso)**

Dito isto, é obvio que o interesse público, considerado como esse *dever de exigir* do Direito, não é uma categoria contraposta ao interesse privado, mas sim o interesse tutelado pela matriz axiológica constitucional, representativo do interesse da sociedade globalmente considerada, e não como mera coletividade. E isto está longe de ser novidade, uma vez que o próprio professor Celso Antônio Bandeira de Mello, grade idealizador, defensor e propagador da supremacia do interesse público sobre o privado, sempre afirmou, com extrema lucidez, que o interesse público por ele tratado representaria a *dimensão pública dos interesses individuais* (BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 55-56).

O fato é que os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público se voltam precipuamente para o exercício da função administrativa, a qual, por sua vez, deve observar os instrumentos (prerrogativas) que a legislação disponibiliza para o atendimento do interesse público primário, ou seja, para que o agente público possa se desincumbir de suas obrigações legais (sujeições). Neste prisma de atuação, na defesa do interesse público, a função administrativa não se exerce somente através de ações unilaterais e imperativas, mas também mediante ações bilaterais e consensuais, sempre com estrita observância ao regime jurídico das competências atribuídas e considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto. É preciso se compreender que o Direito não se aplica somente por subsunção, mas também mediante a ponderação, sendo da essência dos valores jurídicos, dentre outras características, serem imbricativos, ou seja, estarem permanentemente em conflito, e serem sempre relativos, o que significa que na maioria dos casos, para solucionar conflitos entre esses valores, haverá a necessidade de sopesá-los (MARTINS, 2010, p.35-38).

Não há a prevalência absoluta ou sequer relativa, em plano abstrato, da lógica da autoridade sobre a lógica do consenso, o que há de fato é a coexistência de duas competências normativas que podem ser instrumentalizadas para alcançar, da melhor forma possível, os bens e valores salvaguardados pela Constituição Federal. Neste sentido, Gustavo Justino de Oliveira afirma que:

Tradicionalmente orientado pela lógica da autoridade, imposição e unilateralidade, o direito administrativo contemporâneo passa a ser permeado e combinado com a lógica do consenso, da negociação e da multilateralidade. O modelo burocrático – baseado na hierarquia e racionalização legal das competências – passa a coexistir com outros modelos que prestigiam de modo mais acentuado a eficiência e resultados (gerencialismo) e também a democraticidade e legitimidade das relações jurídico-administrativas (nova governança pública e Administração Pública paritária. (OLIVEIRA, 2017, p. 523)

Dessa forma, o juízo ponderativo do órgão de controle no sentido de adotar a via de ação unilateral, orientada pela perspectiva conformadora, ou o caminho da ação bilateral, alinhada por um viés consensual, deverá sempre ser motivado na melhor forma possível de concretização do interesse público primário, com fundamento nos princípios da legalidade, da boa administração e na proporcionalidade da medida escolhida. Veja-se, portanto, que na maioria dos casos não há propriamente discricionariedade, mas verdadeira vinculação da autoridade administrativa.

A questão, portanto, não está centrada na possibilidade ou não do Poder Público *abrir mão de seu poder punitivo*, mas sim em se descobrir, em uma típica atividade hermenêutica de revelação, qual a melhor solução exigida pelo Direito (ação unilateral ou ação consensual), guiado por pressupostos racionais de compreensão do fenômeno jurídico. Portanto, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público não configuram barreiras intransponíveis para a ação consensual dos Tribunais de Contas, mas, ao contrário, constituem fundamento fulcral para as decisões que optarem por tal caminho, construído através de um processo decisório racional e legítimo.

Dito isto, é importante que se fique claro, desde já, que não compartilhamos da visão de que a consensualidade seja uma *pedra de toque* para o exercício da função administrativa ou sequer um *princípio estruturante* do Direito Administrativo, mas sim uma de tantas outras competências ou prerrogativas das quais dispõe o Poder Público para o exercício da função pública, atrelada, inexoravelmente, ao regime das sujeições.

2. O ARCABOUÇO JURÍDICO DOS TAG'S NOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS: ASPECTOS ANÁLOGOS, DISTINTIVOS E CONTROVERTIDOS

Superadas estas linhas introdutórias e estabelecidas as premissas básicas que conduzirão os argumentos jurídicos a seguir delineados, é importante analisar quais os avanços que o legislador promoveu no ordenamento jurídico positivo no sentido de instrumentalizar os tribunais de contas desta importante ferramenta consensual, visando o cumprimento de suas missões constitucionais.

Em uma perspectiva geral, a matriz constitucional destes instrumentos consensuais de ajustamento de condutas antijurídicas praticadas por gestores públicos pode ser extraída da competência arrolada no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal.⁴ Tal norma agrega, à competência fiscalizatória e sancionatória dos tribunais de contas, também a competência orientadora e pedagógica, no sentido de indicar falhas ou possíveis ilegitimidades detectadas em atos administrativos ou de gestão, possibilitando a correção tempestiva por parte do órgão fiscalizado.

4 Art. 71 (...) IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

Embora essa atuação possa se dar de forma unilateral e imperativa – como muitas das vezes se dá, principalmente quando os tribunais de contas se utilizam de seu poder geral de cautela – ela também pode ser construída sobre o prisma bilateral e dialógico, através da celebração de negócios jurídicos consensuais no âmbito do controle externo. Ora, não faria qualquer sentido não autorizar a quem cabe mais (assinar prazo de forma unilateral) que se atue de forma mais branda (construir bilateralmente prazos e condições para a correção das falhas), sempre visando a melhor medida que concretize o interesse público primário.

Juntamente a esta competência constitucional, no ano de 2018, a Lei Federal nº 13.655 (Lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB) acrescentou um permissivo geral disposto no art.26, porém de eficácia limitada, para regulamentar a ação consensual de todas as autoridades administrativas, na qual se incluem por óbvio os tribunais de contas, a saber:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após a oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, **observada a legislação aplicável**, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. **(grifo nosso)**

Ressalta-se que quando se fala em permissivo geral (autorização genérica) o que se pretende inferir desta afirmação e que este dispositivo legal legitima qualquer autoridade administrativa, no exercício de sua função pública, a atuar de forma consensual e concertada, *desde que haja permissivo específico (autorização específica) para tanto*. E não é qualquer autorização específica, mas aquela proveniente de lei geral e abstrata, aprovada pelo Parlamento competente.

Essa interpretação - praticamente literal - é extraída das palavras e expressões constantes expressamente na própria regra legal, mormente quando se diz “*observada a legislação aplicável*”, proposição que está situada na parte final do artigo e separada por vírgulas, o que sintaticamente representa uma ênfase que está sendo dada a todas as proposições anteriormente formuladas no texto normativo. Em outras palavras, todo o permissivo genérico que está sendo dado anteriormente – “*a autoridade administrativa poderá (...) celebrar compromisso com os interessados*”

– está condicionado ou é consequente da previsão anterior, que funciona como antecedente. A observância da legislação aplicável (antecedente) é condição necessária para a celebração do acordo (consequente).

Esta conclusão, contudo, é bastante polêmica no âmbito doutrinário e suscita muitas divergências. Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra, por exemplo, trilhando pensamento diametralmente oposto ao ora firmado, chegam a afirmar que o art. 26 da LINDB representaria um verdadeiro “*permissivo genérico*” (PALMA; GUERRA, 2018) para a atuação da administração pública por meio da celebração de acordos.

Esse mesmo entendimento também é compartilhado por outros autores, os quais partindo de uma acepção negativa do princípio da legalidade, sustentam que, diante da autorização genérica conferida pelo art. 26, a ausência de norma expressa em sentido contrário permitiria a atuação da autoridade administrativa por meio da celebração de acordos (BORDIN, 2020; BARROS E SILVA, 2019).

Destacados os marcos teóricos pelos quais irá se guiar o presente artigo, e compreendidas estas primeiras fontes normativas que legitimam a atuação consensual por parte das Cortes de Contas, deve-se partir para a análise do arcabouço normativo dos TAG’s em nosso ordenamento jurídico, abordando tanto as previsões e regulamentações feitas em âmbito legal quanto as feitas no plano infralegal, destacando-se alguns pontos que, ao ver deste trabalho, merecem maior ênfase.

Um aspecto comum verificado em todas as previsões normativas constantes nas legislações dos tribunais de contas brasileiros, e que é da própria essência desses compromissos consensuais, é que a celebração do TAG suspende a aplicação de sanções e/ou penalidades relativas àquela situação, em concreto, que está sendo objeto do compromisso de gestão⁵. E não poderia ser diferente, considerando que o TAG instaura a via consensual no âmbito da atividade de controle externo, gerando compromissos futuros, em curto, médio e longo prazos, de correção da falha detectada. Não haveria sentido instaurar-se a via consensual e se manter as penalidades ou sanções decorrentes da detecção de determinada irregularidade. A ideia é justamente gerar estímulos ou incentivos para a regularização da situação que compromete ou pode vir a comprometer determinado aspecto da gestão pública.

5 Isso pode ser visto, por exemplo, no art. 106-A, §3º da Lei Orgânica do TCE/AC; art. 42-A, §3º da Lei Orgânica do TCE/AM; art. 13, III, da Instrução Normativa n. 19/2019; art. 3º da Lei Complementar n.º. 88/2015 do TCE/AP; art. 6º da Resolução 246/2017 do TCE/RO.

Outros dois aspectos que se repetem em vários regulamentos de TAG's, como condições para a celebração do termo de compromisso, são os atinentes à vedação de efeitos retroativos no caso de desfazimento de atos ampliativos de direito, salvo comprovada a má-fé,⁶ e à necessidade de reconhecimento da falha por parte do gestor responsável, com a renúncia expressa do direito de rediscussão da matéria em âmbito administrativo.⁷

Ambas as condicionantes para a celebração de TAG's são bastante oportunas e guardam total coerência com o objetivo do instrumento consensual. A primeira trata da regra geral de vedação de efeitos reatrativos (*ex tunc*) para atos administrativos que ampliem direitos subjetivos de terceiros atingidos, desde que exarados de boa-fé por parte do gestor público, ou seja, sem a intenção de transgredir a ordem pública, ainda que incida em culpa, e recepcionados de boa-fé pelos destinatários. Nestes casos, seriam preservados os efeitos produzidos pelo ato administrativo ampliativo de direito, com uma acertada distinção dogmática dos planos da eficácia e da validade do ato jurídico.

Quanto à segunda distinção é importante que se deixe claro que o reconhecimento da falha pelo gestor não é *condição* ou *requisito* para a celebração do TAG, mas sim consequência desta celebração. Não se exige que o gestor reconheça a irregularidade como pré-requisito para a celebração do TAG, mas após assinado e homologado pelo tribunal de contas, uma das consequências inevitáveis é o reconhecimento da falha que ensejou as discussões preliminares acerca do acordo.

Neste ponto, a regulamentação dos TAG's caminha em sentido muito similar às demais normas que tratam, no âmbito do exercício do poder punitivo estatal, dos acordos substitutivos ou integrativos de sanções, como é o caso das 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) e Lei 12.529/2011 (Lei do CADE), que não exigem o reconhecimento do ilícito como condição para a celebração dos acordos consensuais previstos em seus estatutos jurídicos, mas que o colocam como condição de sua celebração, inclusive com o objetivo de colaborar com a instrução processual visando dismantelar a conduta antijurídica investigada.

6 É o que se encontra disposto no art. 42-A, §5º3º da Lei Orgânica do TCE/AM; art. 106-A da Lei Orgânica do TCE/AC; art. 44 da Resolução n. 172/2017 do TCE/AP e art. 8º da Resolução 246/2017 do TCE/RO.

7 Previsão que se encontra presente no art. 152, §2º do Regimento Interno do TCM/PA; art. 127, §2º do Regimento Interno do TCE/SE; art. 9º da Resolução n. 296/2018; art. 9º da Resolução n. 10/2016.

Há, contudo, algo que não foi esclarecido em nenhuma das normas jurídicas que tratam dos TAG's no âmbito dos tribunais de contas brasileiros, relacionado ao que aconteceria com relação a estas informações ou documentos que foram encaminhados pelo gestor, no momento preliminar que envolve as discussões sobre a celebração do acordo, diante de uma negativa do tribunal de contas em celebrar o ajuste. No âmbito da legislação anticorrupção, antitruste e de combate às organizações criminosas, existem expressas disposições legais indicando que a não adoção da via consensual, em razão da rejeição da proposta de acordo por parte do órgão competente, não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado, havendo inclusive a impossibilidade de divulgação dessas informações.⁸ No âmbito das cortes de contas, todavia, não se verificou nenhuma norma regulamentar que trate expressamente do assunto, seja em âmbito legal ou infralegal.

Neste prisma, a despeito de não haver disposição normativa tratando das consequências da rejeição do acordo por parte dos tribunais de contas, no que se refere às provas e informações passadas pelo gestor público ou pelo ente fiscalizado, entende-se que esses materiais, em razão da própria lógica que guia as ações consensuais, fulcradas nos princípios da boa-fé, da lealdade processual e da confiança legítima, não podem ser utilizados pelo controle externo para fins sancionatórios, sob pena de gerar desestímulos a iniciativas de órgãos ou agentes fiscalizados em buscar as cortes de contas para relatar problemas ou falhas detectadas em atos, procedimentos ou processos que envolvam a gestão pública, visando a construção conjunta de alternativas que salvaguardem o interesse público.

Nesse exato sentido, Newton Antônio Pinto Bordin, aponta que quando a Administração Pública, por iniciativa própria, traga ao controle externo uma notícia de uma determinada irregularidade em curso ou de possível ocorrência, objetivando a abertura de um processo para a solução consensual de controvérsias, “caso se entenda que essa comunicação de irregularidades ao Tribunal de Contas deva sempre ensejar a aplicação de sanções (...) haveria uma restrição ao viés propiciador do consenso”. (BORDIN, 2020, p. 395).

Outra dúvida que surge, ainda neste ponto, é se estes elementos probatórios poderiam ser utilizados pelo tribunal de contas não para fins de aplicação de sanção, em um primeiro momento, mas sim para instaurar um processo de tomada de contas especial, visando averiguar de forma

8 Lei 12.846/2013 (art. 16, §7º), Lei 12.850/2013 (art. 3º-B, §6º) e Lei 12.529/2011 (art. 86, §10).

mais detida as falhas ou irregularidades apontadas. Neste aspecto, ainda que vigore na corte de contas o princípio da verdade material, defendemos que não, nos moldes análogos como tratam as demais normas que regulam o exercício do poder punitivo estatal e as ações concertadas instauradas através dos acordos substitutivos ou integrativos de sanções. Não há qualquer coerência e racionalidade, do ponto de vista da harmonia do sistema jurídico e principalmente da unicidade do microsistema punitivo estatal, em se guardar sigilo das provas obtidas no bojo de inquéritos civis e penais, quando da rejeição das propostas de acordos de leniência e de colaborações premiadas, e não se fazer o mesmo em relação aos processos administrativos que tramitam no âmbito dos tribunais de contas.

No que se refere às vedações para a celebração dos termos de ajustamento de gestão há pelo menos três aspectos que se repetem em quase todas as normas regulamentares: *(i) impossibilidade de celebração em caso de renúncia de receita; (ii) impossibilidade de celebração em caso de decisão irreversível exarada pela corte de contas e (iii) impossibilidade de celebração em caso de descumprimento de percentuais mínimos de investimento em educação e saúde.*

Quanto à primeira hipótese, a condicionante segue a vedação estabelecida na pelo art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)⁹, que limita a ação do gestor público na concessão de incentivos de natureza tributária, como no caso de anistia, remissão de subsídio, isenção de crédito tributário e alteração na alíquota ou modificação na base de cálculo que gere redução de taxas e contribuições. A última vedação tem por fundamento os artigos 198 e 212 da Constituição Federal, os quais determinam a destinação de percentuais mínimos da receita nas áreas da saúde e educação. Na educação, o mínimo é de 18% para a União, 25% para os estados e 25% para os municípios. Na saúde, os limites vinculantes são de 15% (União), 12% (estados) e 15% (municípios).

A segunda vedação é, a nosso ver, a mais questionável. Da leitura fria da proposição normativa, em um primeiro momento, pode parecer que esta proibição é decorrência lógica do esgotamento das vias recursais no âmbito das cortes de contas, o que impossibilitaria a rediscussão da matéria no âmbito administrativo. Ocorre que, independentemente de haver *trânsito em julgado administrativo*, nada impede que se instaure, em

9 Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições (...).

outro processo administrativo, a via consensual com o objetivo construir soluções compartilhadas para determinado problema verificado na gestão, desde que este se revele, em um juízo de proporcionalidade, o melhor caminho a ser adotado para a consecução do interesse público.

Assim, por exemplo, o fato de ter sido exarada decisão irrecorrível por parte do tribunal de contas, no bojo de um processo de tomada de contas aberto para apuração de problemas envolvendo a regularização do aterro sanitário em determinado Município, concluindo-se pela irregularidade da situação verificada, não impede que, em havendo consenso entre as partes e em se verificando que a solução consensual pode ser a melhor alternativa para a resolução efetiva do problema ao invés da mera aplicação de sanção, se formalize um TAG traçando os objetivos de curto, médio e longo prazos. Portanto, entendemos que apesar desta previsão constar em quase todos os regulamentos que tratam destes acordos no âmbito das cortes de contas não há razoabilidade e proporcionalidade nesta proibição.

Outro ponto interessante a destacar é que, apesar de haver vedação expressa da celebração de TAG nos casos de dolo, má-fé ou de comprovado desvio de recursos públicos, em todas as normas regulamentares, não há proibição da instauração do compromisso consensual ainda que haja comprovação de dano ao erário, desde que o acordo não resulte em redução do débito (alcance) apurado, o que é bastante salutar, considerando que o dano ao erário não decorre necessariamente de conduta dolosa do gestor público, mas pode ter se originado de mera culpa.

Eis aqui outro ponto bastante polêmico e divergente nas normas disciplinares dos TAG's no âmbito das cortes de contas brasileiras, referente à apuração da conduta como caracterizadora, ou não, de ato de improbidade administrativa.

Neste ponto, há profundas divergências das cortes de contas em suas normas disciplinares. Algumas dispõem que a celebração de TAG's só não poderá ocorrer nos casos de configuração de *ato doloso de improbidade administrativa*¹⁰, enquanto outras ampliam em larga medida essa restrição, vedando a celebração dos termos consensuais a casos em que houver *meros indícios de improbidade administrativa*, abrangendo inclusive a conduta culposa.¹¹

10 É o caso dos Tribunais de Contas dos Estados do Acre, Rondônia, Mato Grosso, Ceará, Rio Grande do Norte, Sergipe e no Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará.

11 Situação que se verifica nos Tribunais de Contas dos Estados do Amazonas, Tocantins, Amapá, Maranhão, Piauí, Pernambuco, Mato Grosso do Sul, Goiás e Paraná.

Isso, certamente, representa um sério problema quanto à observância dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da impessoalidade, no que tange à possibilidade ou não da celebração desses compromissos de gestão. Primeiro, porque a análise da conduta como caracterizadora de ato de improbidade administrativa, por si só, já foge da competência dos tribunais de contas, sendo seu reconhecimento de competência exclusiva do Poder Judiciário, em ação específica proposta para tal fim, nos termos da Lei nº 8.429/1992 (Lei Geral de Improbidade Administrativa) e Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Segundo que, ao restringir a possibilidade de celebração de TAG aos casos em que haja *meros indícios de improbidade administrativa*, as normas regulamentares criam uma zona de incerteza, obscuridade e vagueza extremamente preocupante, dando ensejos para decisões dotadas de elevado grau de subjetividade e que, na verdade, podem pretender camuflar voluntarismos da autoridade competente, no sentido de decidir arbitrariamente pela adoção ou não a via consensual, com grave ofensa aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da impessoalidade. Por fim, a abrangência da conduta ímproba *culposa* (ex vi., artigo 10 da LGIA) também merece maior reflexão. Estas limitações são preocupantes, considerando que se pode vedar a celebração de TAG's com base na aplicação de legislação que não trata propriamente da atividade de contas.

No âmbito dos Tribunais de Contas do Estado de Pernambuco e do Mato Grosso do Sul também há uma outra vedação minimamente questionável do ponto de vista da razoabilidade. É o que se encontra disposto no art. 4º, VIII, da Resolução n. 02/2015 do TCE/PE e nos arts. 25-A, §2º da Lei Orgânica do TCE/MS e 3º da Resolução nº. 81-TCE/MS.

Esses dispositivos vedam a celebração de TAG's no âmbito das prestações de contas anual ou contas de governo. A nosso ver, não há razões, do ponto de vista fático ou jurídico, consideradas em plano abstrato e desconsiderando as peculiaridades do caso concreto, que justifiquem essa limitação, uma vez que a opção por esta via consensual tem por finalidade precípua promover correções, adequações e ajustes em determinada prática de gestão que se encontra em desconformidade com o Direito e não propriamente se ater a aspectos formais referentes à natureza do processo ou procedimento onde a problemática está sendo discutida. Ademais, é no bojo das prestações de contas anuais que os maiores problemas se verificam, o que acabaria por enfraquecer a natureza pragmática do instrumento.

Alguns outros dispositivos específicos versando sobre o TAG, e que somente são vistos em algumas normas regulamentares, também merecem destaque. No âmbito dos Tribunais de Contas do Estado de

Tocantins, de Mato Grosso do Sul, do Amapá, do Paraná e no Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás há uma limitação para celebração de TAG no período que antecede os 180 (cento e oitenta) dias do término do mandato do gestor, aproximando-se muito da norma prevista no art. 21 da LRF. A finalidade da norma, a nosso ver, é basicamente a mesma: evitar que o gestor assuma compromissos futuros próximo ao término de seu mandato, transferindo a responsabilidade pelo adimplemento do termo a outro gestor que eventualmente venha lhe suceder.

Acreditamos que, neste aspecto, caminhou bem o agente normativo ao estabelecer esta previsão legal. Isso porque, se assim não fosse, poder-se-ia abrir margem para eventuais manobras ilegítimas por parte de gestores mal-intencionados, no sentido de buscar a celebração de TAG's visando exclusivamente evadir-se da aplicação de penalidades ou sanções por parte do órgão de controle, ao invés de propriamente buscar a resolução do problema que compromete a gestão.

Outro dispositivo merecedor de destaque, e que só foi possível identificar nas normas disciplinadoras do TAG no âmbito do TCM/PA e do TCE/GO, diz respeito às audiências prévias de conciliação, que antecedem a celebração do compromisso consensual. Essas audiências objetivam estreitar o diálogo entre o órgão de controle e o órgão controlado, apontando e analisando as dificuldades práticas, obstáculos concretos e demais elementos condicionantes, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, que precisam ser ponderados na busca de uma maior eficiência e efetividade da ação planejada. Essa previsão pode ser vista no art. 149 a 152 do Regimento Interno do TCM/PA e no art. 12, §1º da Resolução Normativa n. 006/2012 do TCE/GO, com as alterações posteriores da Resolução n. 007/2016.

Tal previsão, sem dúvida nenhuma, além de trazer mais segurança jurídica ao termo de compromisso, confere mais eficiência e efetividade no cumprimento das metas, prazos e objetivos traçados, pois o ato formal de assinatura do TAG representa uma mera consolidação de propostas construídas de forma dialógica pelos dois órgãos, onde são levadas em consideração as peculiaridades fáticas de cada caso e a realidade do órgão fiscalizado, podendo haver a participação, inclusive, de outros atores da sociedade nesse diálogo prévio, com o fornecimento de estudos e informações relevantes para a definição da melhor medida para a concretização do interesse público primário.

Em sentido contrário a esta otimização do princípio da segurança jurídica, a nosso ver, caminham dois dispositivos encontrados no art. 238-H

do Regimento Interno do TCE/MT e no art. 17 da Instrução Normativa n. 08/2019 do TCM/GO. Nos dois casos, os textos normativos apontam que o descumprimento do TAG configuraria irregularidade gravíssima ensejadora da emissão de parecer prévio ou julgamento contrário à aprovação das contas.

A problemática destes dispositivos legais está na fixação peremptória, em plano abstrato, da configuração de irregularidade insanável decorrente de descumprimento do termo de compromisso, independentemente da análise do caso concreto. Da ocorrência desse fato, segundo a dicção das supracitadas normas, haveria uma presunção absoluta no sentido da reprobabilidade das contas, decorrente de um juízo absoluto de imputação, exclusivamente obtido através do método da subsunção. Ambos os dispositivos se utilizam do verbo ensejar no tempo verbal do futuro perfeito (*o descumprimento “ensejará” o julgamento pela irregularidade*), o que aponta para um juízo autômato, como se a relação fosse de mera causalidade, com a completa desconsideração das particularidades do caso concreto e da sempre necessidade de ponderação e sopesamento dos bens e valores jurídicos eventualmente em conflito. Juízos e presunções absolutas formulados no plano deôntico são sempre muito perigosos e podem levar para decisões desproporcionais e que conflitam com os valores que orientam a matriz normativa constitucional.

A análise do caso concreto, por exemplo, pode revelar que o descumprimento do TAG se deu de forma parcial e que não houve comprometimento do núcleo essencial do objeto pactuado, ou seja, que de fato houve uma melhora efetiva em determinada área da gestão pública que apresentava comprometimentos, ainda que essa correção não tenha se dado de forma integral ou seguindo rigorosamente os termos consignados no acordo.

Não há como se desconsiderar as ações corretivas e saneadoras promovidas pelo gestor, desde que, por óbvio, esse descumprimento não tenha prejudicado a própria finalidade e o núcleo essencial do compromisso firmado. Se o gestor se comprometeu a construir, por exemplo, um aterro sanitário no âmbito municipal, objetivando dar uma solução definitiva para o problema dos chamados “lixões urbanos”, e no período de vigência do TAG conseguiu cumprir diversas etapas necessárias para tal fim (apresentação de estudo de pacto ambiental, escolha do terreno, obtenção de licenças, destinação provisória dos resíduos sólidos), mas não conseguiu concluir neste prazo as etapas referentes à impermeabilização do solo, o sistema de drenagem ou outras exigências dispostas nas normas técnicas

da ABNT (10.004/2004, 13.896/1997, 8.419/1992) e na Resolução nº. 404/2008 do CONAMA, não se pode simplesmente desconsiderar todas as ações promovidas pelo gestor, com aplicação de severas sanções ao responsável, como é o caso da desaprovação automática de sua prestação de contas, retornando a uma visão binária da função de controle (legalidade/ilegalidade), de ordem meramente conformativa e que se mostra antagônica à via consensual.

O que importa é analisar se houve o comprometimento do núcleo essencial do ajuste ou se de sua execução proveitos e benefícios à população possam ser verificados, ainda que parciais, mediante um juízo de proporcionalidade. Olvidar destes aspectos é desconsiderar o método da ponderação como importante ferramenta hermenêutica que visa elucidar conflitos entre bens e valores jurídicos fundamentais, sempre na busca da alternativa que melhor concretize o interesse público primário.

Nesse aspecto, inclusive, há que se destacar, com todos os méritos, a vanguarda com que o TCE/CE tratou da disciplina dos TAG's, em sua Lei Orgânica. O art. 41-A, §§1º e 2º, da Lei Complementar n. 12.509/1995, com as alterações promovidas pela Lei nº 17.209/2020, valorizam a análise do caso concreto e a aplicação do método da ponderação na celebração dos termos de compromissos de gestão. O §1º aponta que a regularização de aspectos referentes à execução dos termos consignados no TAG deve ocorrer de modo *proporcional e equânime*, sem prejuízo dos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos – no que inclui, os gestores – ônus ou perdas que sejam anormais ou excessivos. Já o §2º, na linha do que dispõe o art. 22 da LINDB, aponta que para a adoção da via consensual e definição dos termos do acordo deverão ser consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Quanto à previsibilidade normativa deste instrumento em âmbito nacional, somente 12 (doze) tribunais de contas brasileiros não trazem essa possibilidade de atuação consensual das cortes de contas, quais sejam: TCE/PA, TCE/RR (Norte); TCE/PB, TCE/AL, TCE/BA (Nordeste); TCE/DF (Centro-oeste); TCE/RJ, TCM/RJ, TCE/SP, TCM/SP (Sudeste); TCE/SC e TCE/RS (sul).

No caso do Estados do Pará e da Bahia, apesar de não haver previsão normativa nas leis orgânicas ou nos regimentos internos das cortes de contas estaduais, há previsão do TAG no âmbito dos respectivos tribunais de contas dos municípios. No Tribunal de Contas dos Municípios

do Estado do Pará (TCM/PA), o TAG está regulamentado nos arts. 147 a 158 do seu regimento interno (Ato nº 16/2017-TCM-PA). Já no caso do Estado da Bahia, o TAG encontra previsão legal no art. 332 do regimento interno do TCM/BA (Resolução n. 1394/2014). Neste último caso, diferentemente do que se vê no TCM/PA – em que há ampla regulamentação do TAG –, o regimento interno do TCM/BA limita-se a prever o instrumento consensual de gestão, mas não traça nenhum aspecto de sua regulamentação.

Outro aspecto curioso no caso do Estado da Bahia é que, apesar de não haver regulamentação do TAG, foi possível encontrar, em pesquisa à internet,¹² a celebração de termo de ajustamento de gestão firmado entre o Ministério Público de Contas do TCM/BA e o Município de Piritiba, utilizando-se por analogia da previsão constante no art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, que versa sobre o permissivo legal para a celebração de *Termo de Ajustamento de Conduta*.

Este fato acaba nos rememorando o que já vem ocorrendo, há alguns anos, no âmbito do Poder Executivo federal, no que se refere à competência para a celebração de acordos de leniência no contexto da Lei Federal nº. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que nos termos do art. 16, §10º é atribuída exclusivamente à Controladoria-Geral da União – CGU, mas que vem sendo desconsiderado pelo Ministério Público Federal, que vem frequentemente celebrando acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, com fundamento em um regulamento interno do órgão (Orientação nº. 10/2020), norma infralegal que estabelece os princípios e regras que devem nortear as ações do MPF durante a negociação e aprovação dos acordos, bem como as cláusulas obrigatórias e os direitos e obrigações das pessoas físicas e jurídicas que celebram acordos.¹³

Quanto à disciplina normativa do TAG, no âmbito do TCM/PA, também é interessante destacar que os dispositivos que fazem referência ao instrumento têm natureza infralegal, previstos no regimento interno da corte de contas, não havendo qualquer menção da possibilidade de

12 Disponível em: <http://mpc.ba.gov.br/m/termo-de-ajustamento-de-gestao-piritiba/>. Acesso em: 15/11/2020.

13 Ainda no ano de 2017, uma decisão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sediado em Porto Alegre (RS), entendeu que o MPF não teria competência para fazer acordos de leniência envolvendo atos de improbidade administrativa, sejam os regulados pela Lei nº 8.492/1992 ou sejam os regulados pela Lei 12.846/2013. Para os integrantes do colegiado, só a Controladoria-Geral da União (CGU) poderia falar em nome da União para fazer acordos, uma vez que o Ministério Público não tem legitimidade para dispor de patrimônio público (TRF-4 - AG: 50239726620174040000 5023972-66.2017.4.04.0000, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 22/08/2017, TERCEIRA TURMA).

celebração deste ajuste consensual na lei orgânica do órgão. Tal situação, de certa forma, pode gerar questionamentos quanto à possibilidade de diploma normativo, de estatura infralegal, poder prever tal tipo de acordo, diante do disposto no art. 26 da LINDB, que autoriza a autoridade administrativa a celebrar compromissos consensuais, porém desde que “*observada a legislação aplicável*”.

Essa situação, relativa à ausência de previsão do TAG em lei específica, com sua previsão sendo feita exclusivamente em norma infralegais, também se verifica no TCE/TO (IN 1/2019), TCE/MA (RES. 296/2018), TCE/PI (RES. 10/2016), TCM/GO (IN 004/2018 e IN 08/2019) e TCE/GO (RES 022/2008).

Essa discussão, como já dito anteriormente, levanta bastante polêmica na doutrina. Contudo, o posicionamento sobremaneira majoritário se inclina no sentido da desnecessidade de previsão legal deste instrumento para legitimar a atuação consensual dos tribunais de contas, com fundamento no art. 26 da LINDB e, do ponto de vista dogmático, na acepção negativa do princípio da legalidade.

Há, ainda, um aspecto interessante no que diz respeito ao momento oportuno para a proposta do TAG. Alguns tribunais, como é o caso do TCM/PA, só autorizam a sua celebração em sede incidental, ou seja, no curso de determinado processo já instaurado, seja processo de contas seja processo de inspeção.¹⁴ Em outras cortes de contas, como no caso do TCE/PR, os TAG's podem ser celebrados tanto em caráter incidental quanto não incidental.¹⁵

Quanto a este aspecto, nos parece muito mais adequada a previsão normativa que possibilite a instauração da via consensual tanto na via incidental quanto na via ordinária, uma vez que, além de possibilitar uma atuação prospectiva e preditiva das cortes de contas, também confere maior flexibilidade nas tratativas prévias entre o órgão de controle e do órgão controlado, mormente na definição do momento mais viável para a realização desta ação de gestão concertada.

Nesse sentido, avança o regulamento do TCE/MS ao prever, no art. 25-A, §1º da Resolução n. 81/2018, que o TAG pode ser proposto inclusive

14 Art. 148. O TAG será firmado incidentalmente em qualquer momento da instrução processual.

15 Art. 6º. O Ministério Público de Contas, as Inspetorias de Controle Externo, as Coordenadorias e as Comissões de Auditoria, bem como os gestores públicos, podem pleitear, incidental ou autonomamente, a celebração de Termo de Ajustamento de Gestão

antes de qualquer decisão sobre as irregularidades apuradas na instrução dos processos e procedimentos de controle externo, possibilitando não somente um “*ajustamento de gestão*”, quando detectada propriamente uma falha, mas um “*compromisso de gestão*”, referente a uma situação que, apesar de ainda não representar uma falha, pode ser melhor adaptada e adequada para maior eficiência, eficácia e efetividade de determinada ação de gestão. O grande mérito desta previsão é possibilitar e valorizar o controle peditivo e prospectivo das cortes de contas, principalmente no campo das políticas públicas que, sem dúvida nenhuma, revela-se como a tendência mais moderna do controle externo.

CONCLUSÃO

O fato é que, nesse amplo regime jurídico regulatório dos TAG's no Brasil, os tribunais de contas dos estados e municípios já avançaram muito quanto ao tema, com interessantes normas disciplinadoras desse importante instrumento de atuação consensual das cortes de contas, diferentemente do Tribunal de Contas da União que não dispõe especificamente acerca dos termos de ajustamento de gestão, mas que acaba tratando do tema da consensualidade através de outros modelos, até mais complexos e que fogem do escopo deste trabalho.

Dos 26 Estados, mais o Distrito Federal, somente 10 Estados não possuem previsão normativa deste importante instrumento consensual de exercício do controle externo. Neste ponto, o que chama atenção é que os dois maiores Estados da federação – São Paulo e Rio de Janeiro – não possuem previsão deste instrumento de controle consensual em seus respectivos tribunais de contas, tanto em âmbito municipal quanto na esfera estadual. O Distrito Federal, assim como o TCE/SC e o TCE/RS também não possuem essa previsão.

Em relação aos Estados da Federação que possuem a previsão do TAG, em 5 tribunais de contas (TCM/PA, TCE/TO, TCE/MA, TCE/PI e TCE/GO) a regulamentação deste instrumento é feita através de norma infralegal, com previsão em resoluções e instruções normativas, o que suscita discussões acerca da constitucionalidade de tais disposições.

O fato é que muito ainda se há a avançar e aprimorar, principalmente com a avaliação pragmática e a análise empírica quanto ao sucesso ou insucesso desses termos de compromisso de gestão firmados pelos diversos tribunais de contas brasileiros. Não se pretende sustentar – muito pelo

contrário – a existência de um *princípio da consensualidade* no âmbito da Administração Pública, a balizar estruturalmente o exercício da função administrativa e servir de limite para o exercício do *ius puniendi* estatal. Contudo, não se pode desprezar os benefícios, em determinados casos, da ação consensual, mormente quando se trata do controle de políticas públicas, que exigem medidas estruturantes e planejadas de curto, médio e longo prazos.

É preciso, também, que se deixe claro que a admissão do exercício consensual no marco das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas está submetida ao regime jurídico-administrativo, e exigirá, para além da vislumbrada eficiência, a submissão aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, proporcionalidade, razoabilidade, motivação, isonomia, e devido processo legal, dentre outros, todos com enraizamento na Lei Fundamental.

Além disto, a atividade consensual das cortes de contas terá necessariamente que ser harmonizada com a consensualidade prevista e utilizada em outros sistemas de responsabilização, integrantes do microsistema sancionador estatal, que podem ser movimentados em face dos mesmos fatos objeto do TAG, como Termos de Ajustamento de Conduta (Lei nº 7.347/1985), Acordos de Não Persecução Cível (LGIA), e, quando houver previsão, Termos de Ajustamento Disciplinar.

O maior desafio é se construir uma política de consensualidade, no âmbito dos Tribunais de Contas, que produza, ao mesmo tempo, prevenção e dissuasão (caráter dissuasório do controle) para evitar novas irregularidades na atuação dos seus jurisdicionados, ao mesmo tempo em que o consenso também seja manuseado sem perder de vista a função primacial que a existência e aplicação das potestades sancionadoras cumprem no contexto da tutela da regularidade formal e material das contas (caráter retributivo do controle). Cabe ao Direito Administrativo Sancionador aprofundar este estudo, e contribuir para o fortalecimento do marco constitucional e legal pertinente no exercício das atribuições conferidas às Cortes de Contas.

REFERÊNCIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 70 e ss.

BARROS E SILVA, Victor Carvalho Pessoa de. *Acordos Administrativos Substitutivos de Sanção*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

BORDIN, Newton Antônio Pinto Bordin. Da viabilidade jurídica da utilização de termos de ajustamento de gestão (TAG) por Tribunais de Contas. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 389-403.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, n.9. Salvador, ano I, dez. 2001, p. 6. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

CHADID, Ronaldo. *A função social dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 244.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 146, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em 12/04/2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Administração Pública consensual: o que mudou com as alterações da LINDB?* Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 8, n. 18, p. 18, jul./dez. 2020.

_____. *Abuso de direito e constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Convênio é acordo, mas não é contrato: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. In: Wald, Arnaldo; Justen Filho, Marçal; Pereira, César Augusto Guimarães (orgs.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, p.523.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; ZARDO, Francisco; VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador: passado, presente e futuro*. Coluna Direito Administrativo Sancionador – JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info>.

PELEGRINI, Márcia. A consensualidade como medida alternativa para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. *In*: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord). *Direito Administrativo Sancionador*: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUCSP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p.40.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; ZARDO, Francisco; VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador*: passado, presente e futuro. Coluna Direito Administrativo Sancionador – JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info>.

RECEBIDO EM: 22/03/2022

APROVADO EM: 14/09/2022

A AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*SELF-COMPOSITION IN PUBLIC ADMINISTRATION FROM THE PERSPECTIVE
OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

Juliana Ribeiro Goulart¹

Lyza Anzanello de Azevedo²

Luiz Henrique Urqhart Cademartori³

-
- 1 Doutoranda e Mestra em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Especialista em Direito Processual pelo CESUSC (2008). Assistente Jurídica da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, tendo experiência na Câmara de Solução e gestão de Conflitos - CASC/PGE/SC. É Presidente da Comissão de Conciliação e Mediação da OAB/SC. Professora da disciplina Preparação à Prova Oral na ESMESC. Professora universitária na Faculdade Cesusc.
 - 2 Doutoranda e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) na área de Direito, Estado e Sociedade. Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Conhecimento (CEJEGD) da Universidade Federal de Santa Catarina e do Grupo de Estudos em Direito e Economia (GEDE) da Universidade de Brasília. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.
 - 3 Pós-doutorado pela Universidade de Granada - Espanha. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Atua como Coordenador do Curso de Direito da UFSC e como Consultor na área de Direito Administrativo.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O marco legal da autocomposição na Administração Pública. 2. A Análise Econômica do Direito e os meios consensuais. 3. A eficiência como princípio comum da Administração Pública e da Análise Econômica do Direito. 3.1 Desdobramentos do princípio constitucional da eficiência no contexto dos meios consensuais. 3.2. Desdobramentos da eficiência em termos econômicos no contexto dos meios consensuais. 4. Meios consensuais de solução de conflitos como catalisadores da eficiência. Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende discutir se a Análise Econômica do Direito pode auxiliar a Administração Pública a diagnosticar casos a serem resolvidos pela via da consensualidade e como isso pode viabilizar a eficiência como fim a ser alcançado pelo Estado. A pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica, realizada mediante a consulta de material científico interdisciplinar (direito e economia). As evidências apontam que saídas autocompositivas podem aumentar os ganhos de eficiência para a Administração Pública. Para tanto, é necessário incentivar uma mudança de mentalidade em âmbito administrativo, em especial para o uso de fórmulas que privilegiam o diálogo na resolução dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Autocomposição. Mediação. Meios consensuais. Eficiência. Administração Pública. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT: This article aims to discuss whether the Economic Analysis of Law can help the Public Administration to diagnose cases to be solved by consensus and how this can make efficiency viable as an end to be achieved by the State. The research used as methodology predominantly a bibliographic review, carried out by consulting interdisciplinary scientific material (law and economics). The evidence points out that self-compositive solutions can increase efficiency gains for the State. Therefore, it is necessary to encourage a new change of mentality in the administrative sphere, especially for the sense of cooperation, in which people, groups and companies are the protagonists in the composition of their conflicts when divergences occur with the public management.

KEYWORDS: Self-Composition. Mediation. Consensual Means. Efficiency. Public Administration. Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

Quando o tema é autocomposição na Administração Pública é necessário contextualizar que a Administração Pública é um dos maiores litigantes do sistema de justiça. Trata-se de um diagnóstico importante que traz à tona a preferência do Poder Público pela cultura do litígio, o que pode ter contribuído para o contexto de crise que temos vivenciado no Poder Judiciário.

Com base nessas evidências, o presente artigo pretende discutir se a Análise Econômica do Direito pode ajudar a Administração Pública a diagnosticar casos a serem resolvidos pela via do consenso e como isso pode viabilizar a eficiência como fim a ser alcançado pelo Estado.

Aludida análise está pautada no fato de que através do uso do instrumental analítico da Economia torna-se possível indicar soluções com tendências probabilísticas passíveis de dissipar os conflitos ao mesmo tempo em que se consegue satisfazer as necessidades das partes.

Assim, o texto tem início com a contextualização da autocomposição na Administração Pública, passando pelo estudo dos meios consensuais de resolução dos litígios conflitos pela perspectiva da Análise Econômica do Direito, para, após o aprofundamento dos conceitos de eficiência, estabelecer a autocomposição como meio mais democrático e eficiente para a resolução dos conflitos, em especial aqueles que envolvem a Administração Pública.

A fim de alcançar referidos objetivos, a pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica, realizada mediante a consulta de material científico interdisciplinar (direito e economia).

1. O MARCO LEGAL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os conflitos são inevitáveis, “eles estruturam as relações sociais e atuam enquanto propulsores de mudanças. A sua gestão adequada confere benefícios à sociedade, enquanto a má administração dos problemas pode acarretar prejuízos” (SPENGLER; WRASSE, 2017, p. 89).

À luz dos valores democráticos vigentes na Constituição de 1988, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei nº 13.140/2015, marco legal da mediação no Brasil e o Código de Processo Civil de 2015 abriram caminho para que os entes públicos se ajustassem no tocante à

forma de administrarem os conflitos, sendo eles também destinatários das referidas normas.

Com o marco legal da mediação, que instituiu a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, surge um enorme desafio: criar câmaras administrativas de solução de conflitos, diagnosticar os casos para utilizar os meios consensuais, criar os meios materiais para sua implementação (parâmetros previamente estabelecidos em lei e normativas administrativas, estabelecer as autoridades responsáveis pela análise de risco e custo-benefício da escolha autocompositiva, realizar o treinamento de pessoal, e definir como será elaborado o quadro de mediadores, entre outros).

Juarez Freitas aponta que as recentes reformas normativas, especialmente as advindas com o Código de Processo Civil de 2015, favorecem uma mudança de mentalidade na seara administrativa, de litigante para consensual, incentivando a utilização dos meios consensuais, a exemplo da mediação (FREITAS, 2017, p. 34-35).

Essa proposta de utilização dos meios consensuais como um dos gêneros⁴ da consensualidade na Administração Pública, exige uma postura da advocacia pública conformada com os meios atuais de resolução de conflitos envolvendo o Poder Público. Trata-se de uma atuação condizente com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988, bem como com os princípios que regem a Administração Pública, notadamente o da eficiência. Dessa forma, além da contribuição com o manejo adequado do Poder Judiciário, a advocacia pública volta a sua atenção à concretização dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas do Estado de Direito, tornando melhor a relação da Administração com o administrado (EIDT, 2015, p. 70-71).

Juntamente com a atuação preventiva, realizada por meio das consultorias, as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos uma vez viabilizadas, passam a promover a cultura do diálogo entre cidadão e Poder Público. Para tanto, os controles “preventivos, concomitantes e sucessivos” (EIDT, 2015, p. 70-71) precisam se conformar com a atuação pela via dos institutos consensuais, como uma prática

4 Moreira Neto define que a consensualidade se abre em três gêneros na Administração Pública: a) no processo decisório, como, por exemplo, no referendo e na audiência pública; b) na fase executiva, como, por exemplo, nos contratos de parceria e convênios e c) na solução dos conflitos, como, por exemplo, por meio da mediação, (MOREIRA NETO, 2003, p. 147).

autorizada por lei e condizente com os princípios constitucionais da Administração Pública.

Para Juarez Freitas, “dentro de limites, a negociação, a conciliação e a mediação são ferramentas cooperativas que, bem manejadas, evitam enormes danos, materiais e imateriais, oriundos de disputas mal resolvidas” (2017, p. 34-35). Importante destacar que a lei que trata sobre a autocomposição deixou a cargo do gestor a avaliação sobre quais os conflitos serão tratados pela via consensual. Sendo, portanto, atribuição de cada ente, estabelecer as diretrizes que vão pautar a atuação da advocacia pública consensual.

Luciana Moessa de Souza defende que a primeira etapa para se avaliar se um caso é de resolução consensual de conflitos na Administração Pública é a análise do risco. Para ela, deve ser realizado um exame abrangente dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados por cada cidadão, empresa ou entidade, ao questionarem um determinado ato ou direito. Se a algum deles assistir razão, a medida mais econômica é atender o pleito, com o reconhecimento total ou parcial da procedência do pedido. Contudo, não tendo a causa fundamento fático e/ou jurídico, a alternativa será contestar a ação, protegendo-se o interesse público. Já quando se verificar que existe algum grau de probabilidade de que o autor tenha razão, mas não exista certeza fática e/ou jurídica, aí residiria espaço para a utilização dos meios consensuais (SOUZA, 2016, p. 216). Ou seja, reconhecer os interesses subjetivos dos particulares não significa impor prejuízos ao interesse público.

A Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 32 afirma que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Entretanto, a Lei de Mediação, não inclui na competência das referidas câmaras as controvérsias que somente possam ser solucionadas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo. Assim, se a providência depender de autorização do legislador, não será possível que a questão seja encaminhada à câmara, porque o acordo exige concordância de um Poder independente, conforme o art. 2º da Constituição Federal de 1988. (FAGÚNDEZ; GOULART, p. 157).

A criação das câmaras permite ao cidadão ter a oportunidade de compor a disputa sem ter que necessariamente ingressar com uma demanda no Judiciário. As câmaras de mediação e conciliação, uma vez criadas, abrem espaço para a construção de ambientes propícios para o diálogo, que

funcionam dentro dos órgãos da Advocacia Pública. Portanto, a criação das câmaras tem um significado simbólico: o de interromper a lógica da cultura de hostilidade⁵ no tratamento dos conflitos entre Administração Pública e administrados e promover fórmulas dialógicas.

Trata-se de um passo importante na mudança da cultura de tratamento dos conflitos, uma vez que o modelo competitivo representado pelo processo judicial nos trouxe uma série de consequências, como colocar o cidadão em situação de invisibilidade. Na lógica do tratamento dos conflitos administrativos pela via adjudicada, o cidadão passa a ser percebido somente quando ingressa com uma ação na justiça. Ainda assim, dificilmente será escutado ou terá seu problema resolvido. No momento em que ingressa com a demanda, sua situação administrativa passa a ser analisada, mas isso não significa viabilizar o seu direito material. Passar da invisibilidade à visibilidade pressupõe uma série de ajustes que permitirão que os cidadãos recuperem sua voz, sejam vistos como sujeito de direitos que possuem vínculos permanentes com o Estado e sejam efetivamente escutados.

Warat lembra que “ser cidadão é ter voz, poder opinar e poder decidir por si mesmo” (2004, p. 111). Ou seja, quem não participa não existe como cidadão, pois é necessário aprender a mediar as próprias relações para poder participar da coisa pública (2004, p. 124).

Portanto, convém romper, em definitivo, com a visão deturpada de que a questão da Justiça está sujeita apenas a um dos Poderes do Estado: o Judiciário. Resolver conflitos administrativos já é uma realidade para a Administração Pública, que merece permanente reflexão e reajuste, tendo como ações e metas a busca pela eficiência.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E OS MEIOS CONSENSUAIS

A Análise Econômica do Direito é a aplicação racional dos princípios e métodos, ou seja, do instrumental analítico e empírico econômico ao estudo das normas, instituições e agentes vinculados ao ordenamento jurídico, sendo dividido em diversas escolas de pensamento como a Escola de Chicago, o enfoque Neoinstitucional e a Escola das Escolhas Públicas que partilham do mesmo objetivo: a alocação eficiente dos recursos.

5 Termo utilizado por Juarez Freitas para se referir à Administração Pública adversarial, pautada no litígio (2017, p. 27).

O propósito comum de todas as correntes teóricas da Análise Econômica do Direito está na alocação eficiente de recursos, ao passo que a divergência entre essas escolas consiste na aplicação dos princípios econômicos ao estudo do Direito, com destaque para o conceito diverso de eficiência que se estende da otimização da riqueza à maximização da felicidade.

Nesse aspecto, tem-se que a importância da utilização da Economia para o Direito está no fato de que por meio do raciocínio econômico o legislador pode prever aquilo que o mercado ou o homem racional⁶ irá fazer, além de ser possível predizer os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência (COOTER e ULLEN, 2010). Fatores de extrema relevância ao se considerar que dentro do Estado há uma receita pública limitada em oposição a necessidades sociais ilimitadas, isto é, é essencial que os gestores sejam extremamente criteriosos na escolha da alocação dos recursos públicos, como destaca o Ivo Gico Jr. (2019, p. 27):

Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i. e., eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.

No âmbito do processo civil a Análise Econômica do Direito se perfaz em uma ferramenta que auxilia a investigar o comportamento dos envolvidos no jogo processual, na busca por uma teoria positiva de como os agentes se comportam, diferenciando-se, desse modo, da teoria puramente normativa (GICO JR., 2020), auxiliando a “ponderar os interesses conflitantes e aí buscar um nível mais realista de resolução de conflitos” (MACHADO e DIAS, 2019).

Os litígios, em especial, são interpretados por parte dos estudiosos da Análise Econômica do Direito como um desperdício de riqueza, pois o fato de não a produzir significa ineficiência, conforme explicam Porto e Garoupa: “Quem litiga não esta produzindo bens e serviços mas, sim,

6 “Considera-se que os players agem racional e estrategicamente, pautando suas condutas de acordo com as possíveis consequências de suas escolhas (pragmatismo e consequencialismo)” (TIMM, 2019, p. 5).

brigando pela distribuição de uma riqueza anteriormente produzida” (2020, p. 303-304).

Além do aspecto econômico, propor uma ação judicial implica, como analisado por Yeung (2020), submeter-se aos fatores que impactam diretamente nas decisões judiciais como a forma que os juízes interpretam a lei, pautados em preceitos internos, como gênero, raça e ideologia; e externos, a exemplo das pressões da opinião pública.

Todos estes elementos estão, ainda, inseridos no denominado quadro trágico no qual está imerso o judiciário brasileiro, composto de um “(i) número excessivo de processos (litigância desenfreada); (ii) manejo excessivo de recursos; (iii) esgotamento das cortes superiores; (iv) baixas taxas de autocomposição; (v) ine-fetividade da execução; (vi) litigância habitual; (vii) ausência de uniformidade e coerência jurisprudencial” (WOLKART, 2018, p. 211).

De outro norte, há forte crítica ao uso da autocomposição, diante da ineficiência dos acordos, uma vez que seus termos podem ser reflexo da desigualdade entre as partes, que beneficiaria sempre o lado mais poderoso em detrimento da parte contrária.

Como demonstra Fux a escolha entre litigar ou realizar um acordo, vai além das razões culturais, mas está pautada no reconhecimento de que a autocomposição é a estratégia mais vantajosa, através da análise de “fatores como a instabilidade da jurisprudência e a má configuração do sistema de despesas processuais são determinantes para um cenário de baixo índice de autocomposição”⁷ (2020, p. 54).

Referido doutrinador elenca políticas para solucionar ineficiências na negociação de acordos, as quais já foram implementadas com sucesso por outras nações, tais com: compartilhamento obrigatório de provas; a regra da oferta de acordo (*offer-of-settlement*); o papel das regras de direito material; e a própria interligação entre a economia comportamental e a frustração na realização de acordos.

No que diz respeito à Administração Pública, discute-se também o dimensionamento de custos para justificar a alocação de recursos para o oferecimento dos métodos de resolução de conflitos, que não passa apenas

7 Da máxima de Cooter e Schäfer: “Um judiciário estatal ineficaz transforma transações em relacionamentos de longo prazo e longe das melhores oportunidades” (2017, p. 114).

pela parametrização e instrumentalização do sistema, mas também analisa ganhos consequenciais do seu emprego, perquirindo, os ganhos atinentes à pacificação social (SALVO, 2018, p. 74).

Nesse aspecto, tem-se que historicamente, principalmente em decorrência das execuções fiscais, os setores públicos municipais, estaduais e federais estão entre os maiores litigantes do país, representando, na última análise publicada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2011 sobre os 100 Maiores Litigantes, 51% deste índice. Aliás, embora referida análise não seja mais anualmente divulgado, no relatório Justiça em Números de 2020 as execuções fiscais seguem sendo apontadas como “principal fator de morosidade do Poder Judiciário” (CNJ, 2020, p. 155)⁸. Nos dizeres de Jéssica Gonçalves, mencionada conduta ocorre porque:

A litigância habitual é fruto da percepção econômica do benefício que os agentes (grandes empresas e o Poder Público) possuem em litigar x o baixo custo e a falta de caráter pedagógico nas condenações. Sem desestímulo a conduta ilícita, o litigante de comportamento estrategista vê-se recompensado a ajuizar ou permanecer acionando abusivamente o Poder Judiciário sob custo do erário (GONÇALVES, 2016, p. 194).

No mesmo sentido, pontua Julio Cesar Marcelino Jr., ao falar sobre o Estado como litigante habitual:

São milhares de ações propostas contra o poder público, em caráter repetitivo destacando-se aquelas questões funcionais, envolvendo servidores públicos. Em muitos casos em que ações coletivas poderiam resolver a situação, inúmeras ações individuais são manejadas (2016, p. 193).

Estes dados demonstram quão necessária é a adequação do uso dos meios alternativos de resolução dos conflitos pelos entes públicos, não apenas em prol da economicidade do erário público, mas em benefício de todo sistema judicial. Nesse ponto, a resolução de conflitos por meios consensuais é um modo de reduzir os custos diretos e indiretos gerados pelas demandas judiciais, porquanto referidas práticas têm papel essencial na otimização do Poder Judiciário, deixando que este se ocupe das questões

8 “Os processos de execução fiscal representam 39% do total de casos pendentes e 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,1 pontos percentuais, passando de 68,5% para 60,4% em 2019”. (CNJ, 2020, p. 155).

privativas e complexas e preferindo que os demais temas sigam o caminho dos compromissos do tipo ganha-ganha (FREITAS, 2017, p. 31-34).

A Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 32, e o Código de Processo Civil, em seu artigo 174, quando mencionam as câmaras administrativas representam um papel central nesta mudança de paradigma a ser adotado pela Administração Pública em suas demandas, contudo referidas alterações dentro de uma cultura enraizada nos processos judiciais tende a ser lenta e gradual.

Sobre o tema, aliás, o relatório Justiça em números de 2020 do CNJ frisa que o aumento do número de processos solucionados, em decorrência da obrigatoriedade de conciliação prévia pelo Poder Judiciário, é um ótimo indicativo de que pequenas atitudes do governo fazem total diferença na solução mais célere e eficiente das ações:

A litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação, incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, ainda apresenta lenta evolução. Em 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese a disposição do novo Código de Processo Civil (CPC), que, em vigor desde 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Conforme registrado no presente Relatório, aproximadamente 31,5% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados.

Por fim, não se pode olvidar que: “o acordo é, no geral das vezes, a mais democrática e satisfatória das soluções” (FREITAS, 2017, p. 42), não apenas pelas questões econômicas, mas essencialmente pelos fatores de satisfação dos litigantes, porquanto por vezes o resultado das demandas judiciais não satisfaz a ambas as partes.

3. A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO COMUM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A partir da Emenda Constitucional n. 19 de 1998 a eficiência passa a ser um dos princípios norteadores da Administração Pública, motivo pelo qual merece especial atenção, sendo explicado em dois momentos.

No primeiro, abordam-se os desdobramentos da eficiência no contexto dos meios consensuais, para, em um segundo momento, explicar suas definições econômicas aplicadas à Análise Econômica do Direito.

3.1. DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NO CONTEXTO DOS MEIOS CONSENSUAIS

O princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal de 1988, é um dos pilares da Administração Pública. Trata-se de um imperativo que suscita um padrão de comportamento ativo de administradores e servidores e que norteia toda a atividade administrativa. Há que se compreender seus desdobramentos, para que não se crie a falsa ideia de que eficiência signifique apenas maximizar recursos e resultados.

O conceito de eficiência é discutido na doutrina e na jurisprudência, não havendo um consenso acerca de seu conteúdo, em razão do seu significado polissêmico e indeterminado (DADALTO, 2018, p. 110). Segundo Themis Limberger e Edson Luís Kossmann, o Estado precisa ser eficiente para atender as demandas que a Constituição lhe impôs e que se encontram materialmente desatendidas (2016, p. 288). Nesse sentido, a eficiência diz respeito também a uma mudança de mentalidade de gestores públicos, com podem incentivar a consensualidade na busca da satisfação dos interesses da coletividade, com vistas a alcançar melhores resultados e não necessariamente economia de recursos.

Portanto, quando falamos em eficiência não estamos falando apenas em maximização de resultados e economicidade. A eficiência, no contexto dos meios consensuais, ganha novos contornos: de preservar o relacionamento entre Estado e cidadão que é construído cotidianamente em propiciar uma gestão democrática com disponibilização de diversos métodos para solução de conflitos.

Nesse contexto, investir nos meios consensuais é um dever do Estado (CUNHA, 2020, p. 634). Com a lei de mediação a autocomposição passa a ser mais uma prerrogativa à disposição do gestor público. No âmbito das licitações, a Administração tem como escopo selecionar a proposta mais vantajosa, por exemplo. E para alcançar a proposta mais vantajosa, deve a administração fazer uso da negociação para obter o menor preço final, maximizando-se o interesse público por meios das prerrogativas conferidas por lei ao gestor público.

Outro ponto importante é a preservação do relacionamento entre as partes, ou seja, entre o cidadão e o Estado. A gestão pela via única do processo não é eficiente, pois é um modelo maximizador da hostilidade. Resolver conflitos pela via única do processo é um modelo já ultrapassado,

opressor e que não incentiva a autonomia do cidadão, pois não permite que ele tenha escolhas.

Como se está diante de um relacionamento que se protraí no tempo (cidadão e Estado), os meios autocompositivos se conformam com a eficiência. Trata-se de uma relação que precisa perceber o conflito em sua dimensão democrática, como oportunidade de criação de novas vias de acesso à justiça. Registre-se que o CPC/2015 traz esse parâmetro em seu art. 165, parágrafo § 3º:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuo.

Com a autocomposição tem-se a gestão democrática dos conflitos. Há uma mudança de lógica que não utiliza o Poder Judiciário como administrador das dívidas do Estado, por exemplo, protelando o pagamento de certas obrigações. Nesse contexto, a Administração recupera o poder de decisão para dirimir conflitos, passando a refletir esta atuação na recuperação do Poder Judiciário do contexto de crise, ou seja, a opção do gestor público contribui para a eficiência daquele poder. Ademais, resolver tudo pela via do processo em certo ponto é imoral, pois faz o Estado pagar mais no final, contrariando o princípio da eficiência.

O modelo autocompositivo, por outro lado, incentiva uma atuação menos burocrática, e mais autônoma dos administradores, na medida em que ajuda a aprender o cultivo do diálogo e do aprendizado que ele é capaz de promover. Segundo Warat, tal postura evita que em lugar do homem autônomo prevaleça o homem automático: “homens que transitam de modelo em modelo para pensar e agir com ideias clonadas” (2004, p. 47).

Assim, os meios autocompositivos podem proporcionar uma relação menos custosa, que colabora para a participação dos interessados na solução dos conflitos, fazendo com que a Administração Pública deixe de pautar suas condutas em fórmulas majoritariamente unilaterais e impositivas.

3.2. DESDOBRAMENTOS DA EFICIÊNCIA EM TERMOS ECONÔMICOS NO CONTEXTO DOS MEIOS CONSENSUAIS

De outro norte, no que concerne a eficiência em termos econômicos, tem-se que esta pode ser descrita de muitas maneiras, dependendo do

autor utilizado, destacando se aqui as principais vertentes simplificadas nas definições de Vilfredo Pareto e Kaldor-Hicks.

Segundo o critério de Pareto, a distribuição de recursos é eficiente quando nenhum indivíduo pode melhorar sua situação sem piorar a de outro. Esse equilíbrio da distribuição é conhecido como Ótimo de Pareto. Já o critério de Kaldor-Kicks considerava que no mundo real existiam sempre ganhadores e perdedores, assim a eficiência potencial de Kaldor-Kicks estava nas situações nas quais a melhora dos ganhadores superava o prejuízo dos perdedores.

Em oposição a estes autores tradicionais, James Buchanan afirma que a eficiência decorre do consentimento livre, com base em acordos constitucionais, institucionais e normativos. Richard Posner, ao seu modo, igualmente altera o enfoque clássico ao afirmar que a eficiência estaria na maximização da relação entre o valor da exploração dos recursos econômicos e a satisfação pelo pagamento destes bens.

Não obstante, partindo de pensamentos opostos aos concebidos tradicionalmente pelo Direito, mas que ao final se convergem, temos a visão pragmática mais atual de parcela dos estudiosos da Análise Econômica do Direito, os quais consideram que os litígios de um modo geral seriam tratados de modo ineficiente. Isso porque quem litiga não está produzindo bens e serviços, mas brigando pela distribuição de riquezas anteriormente produzidas. Em síntese, significa considerar que os litigantes estão desperdiçando não somente dinheiro, mas também esforços e oportunidades (PORTO e GAROUPA, 2020).

Eficiência, neste contexto, trata-se da “redução do desperdício de riquezas (redução dos custos) ou em maximização de riqueza. Para se qualificar um ato ou uma decisão como eficiente o que interessa é que os benefícios totais superem os custos totais, ou ao menos que haja o menor desperdício possível” (PORTO e GAROUPA, 2020, p. 303).

Isto é, os custos das partes transcendem aos honorários advocatícios, as custas e emolumentos judiciais, vão além, atingindo o custo de oportunidade, o qual pode ser resumido, conforme Krugman e Wells (2007, p. 140), como aquilo que se abre mão ao realizar determinada escolha em detrimento de outra⁹, os aludidos autores ainda ressaltam: “Quando se trata de tomar decisões, é essencial pensar em termos de

9 No mesmo sentido Mankiw (2018, p. 6): “*The opportunity cost of an item what you give up to that item*”.

custo de oportunidade, porque o custo de oportunidade de uma ação é frequentemente muito mais que o simples custo monetário” (KRUGMAN e WELLS, 2007, p. 140)¹⁰.

Logo, ao optar por uma demanda judicial ao invés de um meio alternativo de resolução de conflitos os litigantes estão abrindo mão das suas autonomias, repassando para terceiro (juiz) o poder de decidir sobre aquela discórdia, ficando adstritos a velha sistemática do perde e ganha do processo judicial, que, coberta pelo manto da ineficiência, muitas vezes se materializa em uma verdadeira insatisfação mútua, na qual não existem efetivos ganhadores.

4. MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO CATALISADORES DA EFICIÊNCIA

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “no âmbito do Direito Administrativo jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência” (MOREIRA NETO, 2003, p. 154). Nessa esteira, muitos casos podem ser tratados pela via autocompositiva, antes mesmo que batam às portas do Poder Judiciário.

Pela via da negociação, forma de autocomposição direta, por exemplo, é possível negociar para buscar a obtenção de uma proposta mais vantajosa para a Administração Pública. A este respeito já se manifestou o Tribunal de Contas da União, no sentido de ser um poder-dever da Administração o dever do pregoeiro intentar negociação ao final da fase de lances do pregão (BRASIL, TCU, 2014a). De acordo com a corte de contas:

[...] uma vez concedida a prerrogativa legal para adoção de determinado ato, deve a administração adotá-lo, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, até porque tal medida em nada prejudica o procedimento licitatório, apenas ensejando a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para o Poder Público (BRASIL, TCU, 2014)

Para o Tribunal de Contas da União, portanto, “é aplicável, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, a prerrogativa administrativa da negociação em todas as modalidades licitatórias (BRASIL, TCU, 2014b).

10 No intuito de tornar mais clara esta definição os doutrinadores citam como exemplo o custo de oportunidade de se cursar mais um ano da universidade, dividindo este custo em explícito (os gastos em dinheiro com matrícula e mensalidades pelo tempo adicional estudando) e implícitos (todos aqueles benefícios que se deve abrir mão para ficar mais um ano estudando como, por exemplo, a renda que se teria obtido se ao invés de permanecer na faculdade estivesse trabalhando) (KRUGMAN e WELLS, 2007, p. 140).

A conciliação é outra opção disponível para resolver disputas na esfera administrativa. Nela, um profissional imparcial (conciliador) auxilia os envolvidos no conflito a encontrarem saídas para suas contendas por meio de sugestões e opiniões. Conforme preceitua o NCPC em seu art. 165, § 2º, o conciliador atua preferencialmente nos casos em que não há vínculo anterior entre as partes e pode sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que elas conciliem. O conciliador é o terceiro que se coloca entre as partes, auxiliando-as, também pode fazer sugestões para que os participantes cheguem ao consenso. Significa dizer que o conciliador tem participação ativa na condução do processo e pode fazer interferências no conflito, não apenas equilibrando as partes, mas propondo ponderações aplicáveis ao caso concreto para que os litigantes, querendo, acolham (GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 49). Pode ser tratado pela via da conciliação, por exemplo, os contratos de concessão. A Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), que regulamenta o regime de concessão comum e permissão de serviços públicos, estabelece que o contrato poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas dele decorrentes ou relacionadas, sem exclusão da arbitragem (art.23) (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018, s/p). No mesmo sentido, as parcerias público-privadas também admitem o uso da conciliação, assim como de outros métodos. A Lei nº 11.079/2004, que trata desses contratos (Concessões Patrocinadas e Administrativas), prevê como cláusula a constar do edital os métodos adequados de resolução de conflitos, para administrar as controvérsias decorrentes dos contratos a ela submetidos (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018 s/p).

Inserida na Lei nº 13.140/2015 e no Código de Processo Civil, a mediação é um procedimento não adversarial em que um terceiro imparcial (que não decide) denominado mediador, por meio da utilização de determinadas técnicas e habilidades, aproxima e facilita a comunicação interrompida entre dois ou mais indivíduos, com o intuito de que eles próprios busquem saídas proveitosas (acordo, reconciliação, entendimento, entre outras) para seus impasses sem imposições. A mediação pode ser utilizada em diversas áreas da vida, inclusive na Administração Pública. Ela se diferencia das demais formas de tratamento dos conflitos pelo constante diálogo durante as sessões, pois esse procedimento não se preocupa com o conflito em sua dimensão apenas formal (lide processual), mas também em sua estrutura social (lide sociológica) (WARAT, 2004, p. 47).

A lei trouxe a possibilidade de mediação nos casos de desapropriação. A Lei nº 13.867/2019 estabelece que, ao rejeitar a proposta de oferta do poder público, o particular poderá optar pela mediação extrajudicial, indicando

um dos órgãos ou instituições especializadas em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação (podem ser públicos ou privados

Contudo, em se tratando apenas de questão indenizatória sem outros pontos de divergência imbricados no conflito, seria mais recomendável a conciliação, já a mediação deve ser reservada para conflitos complexos, como os que configurem a quebra da confiança entre Estado e cidadão, em razão da mediação trabalhar com técnicas que visam preservar os vínculos que se protraem no tempo.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como propósito explicar de forma objetiva como a adoção de meios consensuais de resolução dos conflitos pelos entes da administração pública pode tornar mais eficiente a resolução das contendas administrativas, principalmente quando os dados quantitativos demonstram que o próprio Poder Público é um dos responsáveis pelo contexto de crise pelo qual passa o Poder Judiciário.

Estes dados demonstram quão necessária é a adequação do uso dos meios não adversariais de resolução dos conflitos pelos entes públicos, não apenas em prol da economicidade do erário, mas em benefício de todo sistema judicial.

A Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 32, e o Código de Processo Civil, em seu artigo 174, representam um papel central nesta mudança de paradigma a ser adotado pela Administração Pública na forma como administra controvérsias, contudo referidas alterações dentro de uma cultura jurídica enraizada nos processos judiciais tende a ser lenta e gradual.

Nesse contexto, é possível que um acordo seja a opção mais democrática e satisfatória para os envolvidos em conflitos administrativos, não apenas pelas questões econômicas, mas essencialmente pelos fatores de satisfação dos litigantes, porquanto por vezes o resultado das demandas judiciais não satisfaz as partes.

Por todo o exposto, as evidências trazidas pela perspectiva da Análise Econômica do Direito apontam que saídas autocompositivas podem aumentar os ganhos de eficiência para o Estado. Para tanto, é necessário incentivar uma mudança de mentalidade em âmbito administrativo, para

que a Administração Pública passe a incentivar que pessoas, grupos e empresas possam ser protagonistas na composição dos seus conflitos quando ocorrem divergências com a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F., 29 jun. 2015. p.1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Representação Acórdão nº 694/2014*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/694%252F2014%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue?uuid=4e4dc7b0-3d8f-11eb-bc95-85a66a1b0cfc> . Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Turma). *Representação Acórdão nº 1.401/2014*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/%25201.401%252F2014%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/2/sinonimos%253Dtrue?uuid=4d13f2b0-3d90-11eb-8b8b-3b92a7d00b4f> . Acesso em: 13 mar. 2022.

BUCHANAN, J. M. *The demand and supply of public goods*. v. 5. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25-28.

Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2019*: ano base 2018. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em 02 mar. 2022

Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2020*: ano base 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> . Acesso em 13 mar. 2022.

COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. O Nó de Salomão: *Como o Direito pode erradicar a pobreza das Nações*. Tradução: Magnum Koury de Figueiro Eltz. 1 ed. Curitiba: CRV, 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução Luisa Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, v. 16, n. 61, jan./mar 2018. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%2C%20leila%3B%20moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf>. Acesso em 13 mar. 2022.

DADALTO, Lucas. Controle judicial da Administração Pública à luz do princípio da eficiência: viabilidade e parâmetros. Dissertação de Mestrado (2018). Belo Horizonte: UFMG, 6 dez. 2018. Disponível em < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BAMJ8T/1/disserta__o_lucas_dutra_dadalto.pdf > Acesso: em 05 mar. 2022.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

EIDT, Elisa Berton. *Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública*. RPGE, Porto Alegre, v. 36, nº 75, 2015. p.55-7.

FISHER, Roger; URY, William; PANTTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borgers. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p. 15.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: Aplicabilidade na administração Pública. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 148-164, jul./dez. 2016.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>>. Acesso em: 01 Set. 2020.

FUX, Luiz. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991999. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991999/>. Acesso em: 03 out 2022.

GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 1-32.

GONÇALVES, Jéssica. *Acesso à Justiça e Teoria dos Jogos*: Da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da medição. Florianópolis, 2016.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. *Mediação de conflitos*: teoria e prática. Florianópolis: Empório Modara, 2018.p. 49.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Tradução Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

Limberger, Têmis; Kossmann, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. RDA – *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set./dez. 2016, p. 288. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66664>>. Acesso: em 05 mar. 2022.

MACHADO, Rafael B.; DIAS, Jean Carlos. *Análise Econômica do Processo*. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 408.

MANKIW, N. Gregory. *Principles of Microeconomics*. 8 ed. Boston: Cengage Liarning, 2018.

MARCELINO JR., Julio Cesar. *Análise Econômica do Acesso à Justiça*: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Rev. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 231:129-156, Jan/Mar. 2003.

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. *Mediação na Administração Pública Brasileira: O desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. (Im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a Administração Pública: do conflito à posição do terceiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2017, vol.18(3), p.69-93. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index> > Acesso: em 05 mar. 2022.

SOUZA. Luciana Moessa de Souza. *A mediação de conflitos e a Administração*

Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

PORTO, Antônio M.; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7. ed. Austin-TE, USA: Wolters Kluwer, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Ecologia, psicanálise e mediação*. Luis Alberto Warat (Org.). *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Buenos Aires: Angra, 1998.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

YEUNG, Luciana. *Comportamento Judicial, Decisões Judiciais, Consequencialismo e “Efeitos Bumerangues”*. In: YEUNG, Luciana (Org.). *Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. São Paulo: Actual, 2020. p. 321-342

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES: AGILIZAR É PRECISO.

DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCESS: SPEEDING UP IS PRECISE

Luciano Rosa Vicente¹

Sandro Lúcio Dezan²

-
- 1 Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) e mestre pela mesma instituição; especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Administrativo Disciplinar e Direito Público; bacharel em Direito e em Ciências Contábeis.
 - 2 Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UnICEUB (2016); Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal (2017); Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (2018). Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação em Direito e do Mestrado e do Doutorado no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Políticas Públicas (PPGD), do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB); Investigador Não Integrado do Centro de Investigação da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), no Centro de Justiça e Governação (JusGov), Grupo JusCrim - Justiça Penal e Criminologia, e no Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII), Braga, Portugal; Professor de Direito Constitucional, de Direito Administrativo, de Direito Penal e de Direito Processual Penal, no Programa de Pós-graduação Lato Sensu, da Escola Superior da Polícia Federal do Brasil (Escola de Governo).

SUMÁRIO: Introdução. 1. Panorama da celeridade no SisCor e suas principais corregedorias. 2. Dez medidas para acelerar a tramitação dos PAD's. 2.1. Importância da manualização e dos modelos procedimentais. 2.2 Otimização das instaurações de processos e controle da produtividade. 2.3. Comissões permanentes e distribuição de tarefas entre os comissários. 2.4. Busca de elementos suficientes de materialidade, autoria e da verdade processual. 2.5. Desmembramento e prova emprestada. 2.6. Afastamento de sigilo bancário. 2.7. Perícia imobiliária, apuração especial e demais provas periciais. 2.8. Formas de entrega dos atos de comunicação. 2.9. Fixação de prazo para o atendimento de intimações. 2.10. Técnica para lidar com incidente de sanidade mental. Conclusão. Referências

RESUMO: Este estudo navegou nas águas do direito administrativo, pelo seu ramal disciplinar, nos rios do Sistema Correcional do Poder Executivo Federal (SisCor). Investigou-se a celeridade processual, com o objetivo de encontrar formas de impulsionar a tramitação dos processos administrativos disciplinares (PAD's). A pesquisa justificou-se pela atual preocupação do SisCor com o tempo de duração dos processos, que aflige todo o sistema processual brasileiro e a sociedade, pois a melhor justiça é aquela que não tarda. O método para alcançar o objetivo foi pesquisar no “Painel Correição em Dados” da CGU o tempo de tramitação dos PAD's e, em seguida, na normatização e na doutrina da processualística disciplinar. Assim, tratou-se de pesquisa aplicada, descritiva, explicativa, quantitativa e qualitativa, com técnica de documentação indireta. Como conclusão emergiram dez medidas que agilizam a tramitação processual.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema Correcional. Processo administrativo disciplinar. Celeridade processual. Razoável duração do processo. Medidas para agilizar a tramitação processual.

ABSTRACT: This study navigated the waters of administrative law, through its disciplinary branch, in the rivers of the Correctional System of the Federal Executive Power (SisCor). The procedural celerity was investigated, with the objective of finding ways to boost the processing of disciplinary administrative proceedings (PAD's). The research was justified by the current concern of

SisCor with the duration of the processes, which afflicts the entire Brazilian procedural system and society, because the best justice is the one that does not take long. The method to achieve the objective was to search in the “Panel Correction in Data” of the CGU the processing time of the PAD’s and, then, in the standardization and in the doctrine of disciplinary procedure. Thus, it was an applied, descriptive, explanatory, quantitative and qualitative research, with an indirect documentation technique. As a conclusion, ten measures emerged that speed up the procedural process.

KEYWORDS: Correctional System. Disciplinary administrative process. Procedural celerity. Reasonable duration of the process. Measures to speed up the process.

INTRODUÇÃO

Tudo no planeta está em constante movimento, a começar por ele próprio com seu giro a cerca de 1.700 km/h ao redor do próprio eixo (rotação) e aproximadamente 107.000 km/h ao redor do Sol, translação (MARTINS, 1994, p. 196), daí a frase atribuída a Einstein sobre a importância de não se estagnar: “a vida é igual a andar de bicicleta, para manter o equilíbrio é preciso se movimentar”.

A administração pública brasileira movimentou-se para hoje configurar a interface entre o Estado e a sociedade, tendo como primeira missão dar respostas às demandas sociais, de forma que sua principal função é receber os influxos e estímulos da sociedade, decodificá-los e oferecer respostas que satisfaçam as necessidades que brotam do cenário social (OLIVEIRA, 2008, p. 84).

No cenário da administração pública, a evolução da processualística disciplinar do Poder Executivo Federal foi a primeira motivação deste estudo, pois entre seus avanços percebe-se um salto olímpico quando se compara a Lei nº 1.711/52, que regeu os servidores públicos civis da União até 1990, com a Lei nº 8.112/90, que os dirigiu a partir dali. Isso ocorreu por influência da Constituição de 1988.

Foi um salto porque as Cartas anteriores, no § 16 do art. 150 da Constituição de 1967 e no § 25 do art. 141 da Constituição de 1946, garantiam o direito ao contraditório somente no processo penal, consequentemente, a Lei nº 1.711/52 também não o agasalhava, prevendo apenas a ampla defesa no processo administrativo disciplinar (PAD), mas parcialmente,

precedendo somente a aplicação de suspensões superiores a trinta dias e penas expulsivas³.

No Estatuto de 1952, antecessor do atual, as penalidades de repreensão, multa e suspensão até trinta dias poderiam ser aplicadas inquisitorialmente, sem a participação do servidor na apuração (CARVALHO, 1957, p. 223-224). Escrito de outra forma, o texto daquele Estatuto permitia a aplicação dessas penas discricionariamente, sem a participação do acusado e sem processo (TEIXEIRA, 2020, p. 565).

A nova disciplina constitucional administrativa rompeu o quadro tradicional de um direito administrativo autoritário, de pouca atenção aos direitos e garantias do cidadão. Afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, desconsiderando outros valores, o administrador exerceu suas prerrogativas, por muito tempo, de modo hegemônico e vertical, sob o manto da incontestabilidade do interesse público (BACELLAR FILHO, 2007, p. 12).

A partir da Constituição de 1988, a ênfase da atuação administrativa deixou de ser essencialmente repressiva para ter como norte a promoção das condições materiais necessárias para garantir os direitos dos cidadãos, notadamente os direitos fundamentais. Nessa esteira, os direitos fossilizados no art. 3º da Lei nº 9.784/99 buscam a concretização de direitos e garantias fundamentais prescritos constitucionalmente, para assegurar um processo administrativo justo, sintonizado com a ideia de devido processo legal (BACELLAR FILHO, 2014, p. 113).

Nessa ordem de ideias, enquanto até 1988 tinha-se um PAD sem contraditório e com ampla defesa bastante mitigada, hoje há um Sistema Correcional do Poder Executivo Federal (SisCor) bem estruturado, comandado pela Controladoria-Geral da União (CGU), focado em resultados e preocupado com a eficiência e a celeridade processual, que por afligir todo o sistema processual e a sociedade é a justificativa da pesquisa, tendo como objetivo encontrar formas de acelerar a tramitação dos processos.

3 Lei nº 1711/52. Art. 217 [...] Parágrafo único. O processo precederá a aplicação das penas de suspensão por mais de 30 dias, destituição de função, demissão e cassação de aposentadoria e disponibilidade.

A metodologia para alcançar o objetivo foi pesquisar no “Painel Correição em Dados” da CGU⁴ o tempo de duração dos PAD’s no SisCor e suas principais corregedorias entre 2019 e 2021, assim consideradas pela quantidade de servidores que “jurisdicionam”, volume de penalidades que aplicam e estruturas que possuem.

Também se pesquisou nos “Relatórios de Desempenho” da Corregedoria da Receita Federal do Brasil (Coger-RFB)⁵, nas normas e na doutrina da processualística disciplinar. Assim, tratou-se de uma pesquisa aplicada, descritiva, explicativa, quantitativa e qualitativa, com técnica de documentação indireta, numa trilha que a partir daqui se passa a palmilhar, iniciando pelo panorama da celeridade processual no SisCor.

1. PANORAMA DA CELERIDADE NO SISCOR E SUAS PRINCIPAIS CORREGEDORIAS

Neste título se apresentará um panorama do tempo de tramitação dos PAD’s no SisCor e suas principais corregedorias, que para os fins deste estudo são a do Ministério da Economia (Coger-ME), a da Polícia Federal (Coger-PF), a da Polícia Rodoviária Federal (Coger-PRF), a Coger-INSS, a Coger-RFB e a CGU, que além de ser o órgão central do SisCor também tem a condução de PAD’s entre as suas competências.

Inicia-se com alguns esclarecimentos importantes sobre o PAD, que começa com a publicação da Portaria que designar a comissão; avança pelo inquérito administrativo, com contraditório e ampla defesa, e conclui-se com o julgamento (CARVALHO FILHO, 2015, p. 26). Todavia, antes da

4 Acesso em <<http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>>; em seguida “Painel Correição em Dados”, “iniciar”; “agentes públicos”; “processos”; “tempo médio de processo”; “tempo médio disciplinar”. Nesse ponto, o Painel apresenta um gráfico de barras, com cada barra representando um ano, de 2008 a 2021;

II. As barras contêm quatro cores, representando cada uma das quatro fases do processo: ciência e instauração (azul claro); instauração e indiciamento (laranja); indicição e conclusão do relatório final (verde); conclusão do relatório final e julgamento (azul escuro);

III. Posicionando o cursor em cima de cada cor representativa da fase processual o sistema apresenta o seu respectivo tempo de duração;

IV. Ao lado da aba “tempo médio disciplinar” há a aba “tempo médio do processo”, que oferece o tempo de duração do PAD propriamente dito, ou seja, da instauração ao julgamento.

V. Do lado esquerdo da tela, o sistema permite selecionar filtros de pesquisa relacionados ao período, Ministério, unidade correcional, local do fato, unidade da federação, tipo de processo e assunto.

5 São relatórios gerenciais que a Coger-RFB elabora anualmente para mensurar e apresentar seu desempenho. Por serem de uso interno, estão publicados apenas na intranet da RFB, disponível a todos os servidores do órgão. Por isso, solicitou-se autorização ao corregedor-geral da RFB para utilizá-los nesta pesquisa, que gentilmente deferiu por escrito.

instauração do PAD há uma investigação prévia para subsidiar a decisão de instaurar, ou não, o PAD.

O referido procedimento correicional investigativo (PCI) também consome tempo, às vezes até maior que o do PAD que o sucede, por isso aqui ele também será considerado na avaliação temporal, pois a intenção é demonstrar o tempo de duração dos processos inteiros (PCI e PAD), do recebimento da denúncia à aplicação da penalidade no servidor.

Segundo a Instrução Normativa (IN) CGU nº 14/2018, no foco acima delimitado inserem-se como PCI's a sindicância investigativa e a patrimonial, e como procedimentos acusatórios a sindicância disciplinar e o PAD, enquanto a IN CGU/CRG nº 8/2020 prevê a investigação preliminar sumária, que na Coger-RFB já havia sido batizada de “análise preliminar” em 2019, nos termos da Portaria Coger nº 168/2019.

Esses PCI's são empregados na fase investigativa e são sucedidos pelo parecer jurídico da fase analítica, como amparos ao juízo de admissibilidade (JAD), por meio do qual a autoridade instauradora decide sobre o arquivamento do feito, a instauração do PAD, ou a celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC).

Dezan e Martins (2019, p. 2) citaram todos esses instrumentos ao abordarem a importância do respeito às formalidades processuais nos PAD's, pois trata-se de direito fundamental dos acusados que não pode atuar como mero coadjuvante.

Ao longo deste texto, salvo menções expressas em sentido mais restrito, a preocupação com o tempo de duração dos processos engloba desde a ciência da administração sobre a suposta infração até o julgamento, não se restringindo apenas à duração do PAD em si no sentido estrito.

Mesmo que, por vezes, por simplificação de redação, se mencione o tempo de duração ou demora de PAD, em geral, não se está referindo apenas à fase contraditória, mas à íntegra de todo o processo. Feitos esses esclarecimentos, a tabela abaixo demonstra o tempo de duração dos processos e de cada uma de suas fases.

Tabela 1 - Tempos de duração dos processos nas respectivas corregedorias

PAD's em rito ordinário concluídos entre 2019 e 2021 em meses								
Corregedoria	Ciência e instauração	%	Instrução	Relatório	% (instrução e relatório)	Julgamento	%	Total
Coger-PF	9,4	25,1%	20,4	4	65%	3,7	9,9%	37,5
Coger-PRF	9,6	25,1%	20,7	3,6	63,4%	4,4	11,5%	38,3
SisCor	17,1	38,4%	17,3	3,4	46,6%	6,7	15%	44,5
Coger-INSS	25,1	51,2%	13,8	2,6	33,5%	7,5	15,3%	49
Coger-ME	18,3	34,6%	23,3	4,1	51,9%	7,1	13,5%	52,8
CGU	22,6	40,4%	21,8	4,7	47,3%	6,9	12,3%	56
RFB	32,6	47,3%	24,4	3,7	40,7%	8,3	12%	69

Fonte: CGU - Painel Correição em Dados (2021)

Essa extração demonstrou que o tempo médio de duração dos PAD's entre 2019 e 2021 no SisCor foi de 44,5 meses, e a fase processual mais demorada foi a instrução, com média de 17,3 meses, pouco mais que os 17,1 meses da fase anterior (investigativa). Já a CGU demora mais que o SisCor, pois consumiu 56 meses, chegando a 72,6 meses em 2019, reduzindo para 46,2 meses em 2021.

Os dados da Coger-ME demonstram que ela levou 52,8 meses para concluir seus PAD's julgados entre 2019 e 2021, portanto é mais célere que a CGU (56 meses) e mais lenta que a média do SisCor (44,5 meses). A fase mais demorada dos PAD's da Coger -ME é a instrução, com 23,3 meses, superior aos 18,3 meses da fase investigativa.

A Coger-INSS mostrou-se mais célere quando comparada com as duas anteriores, concluindo seus processos em 49 meses, menos que os 52,8 meses da Coger-ME e os 56 meses da CGU, mas ainda acima da média do SisCor, de 44,5 meses. A sua fase de instrução é bastante célere, demandando 13,8 meses, enquanto a investigativa demanda quase o dobro, com 25,1 meses, significando que ela busca produzir todas as provas possíveis antes de instaurar o PAD.

A Coger-PRF superou as corregedorias anteriores em celeridade processual, com 38,3 meses de duração dos seus processos, abaixo da média do SisCor (44,5 meses) e muito à frente da CGU (56 meses), da Coger-ME (52,8 meses) e da Coger-INSS (49 meses), sendo que no ano de 2019 foi ainda mais célere, concluindo seus processos em 31,5 meses, subindo para 39,1 meses no ano seguinte (2020) e 44,5 meses em 2021.

Constata-se que a estratégia da Cogor-PRF é diferente da Cogor-INSS, analisada anteriormente, porque enquanto esta concentra esforços na fase investigativa, da ciência à instauração, consumindo 25,1 meses, a Cogor-PRF tem uma fase investigativa mais célere, menos aprofundada, que consome 9,6 meses, resultando numa instrução mais demorada, que demanda 20,7 meses, contra os 13,8 meses da Cogor-INSS.

A Cogor-PF foi a recordista em celeridade processual, marcando 37,5 meses de duração dos seus PAD's. Os tempos das suas fases processuais são muito próximos daqueles da Cogor/PRF, com a mesma estratégia de fase investigativa mais célere e instrução mais aprofundada e demorada.

Os dados da Cogor-RFB demonstraram que ela foi a mais lenta entre as unidades pesquisadas, consumindo 69 meses para concluir seus PAD's, chegando a 70,7 meses em 2021, quase o dobro da média da Cogor-PF (37,5 meses) e Cogor-PRF (38,3 meses). Na Cogor-RFB, tanto a fase investigativa quanto a instrutiva são prolongadas, com 32,6 meses a primeira e 24,4 meses a segunda.

Todos esses números extraídos do “Painel Correição em Dados” demonstraram que o tempo total médio de duração de um PAD em rito ordinário variou desde pouco mais de 3 anos para a Cogor-PF e a Cogor-PRF, até quase 6 anos, para a Cogor-RFB, sendo a média global de todo o SisCor de 3,7 anos. A média da Cogor-INSS foi de 4,1 anos, enquanto na Cogor-ME gravitou os 4,4 anos.

Por mais importantes que sejam como referências, esses números não são peremptórios para se concluir sobre questão tão complexa como a duração dos PAD's, pois outras variáveis impactam nesses valores temporais, como por exemplo as realidades distintas de cada unidade correcional e a complexidade dos casos que enfrentam.

Os números extraídos do Painel da CGU permitiram descobrir o desempenho de cada corregedoria pesquisada no tocante à celeridade processual, comparando-se a performance de cada uma no contexto geral do SisCor, esclarecendo que a corregedoria mais célere na condução dos seus PAD's é a da PF, seguida muito de perto pela da PRF, enquanto a menos célere é a da RFB, seguida pela CGU.

Apresentado o panorama, certo é que o esforço do SisCor e suas corregedorias para agilizar a tramitação de seus processos deve ser

contínuo, mas sem descuidar-se do respeito aos direitos fundamentais dos acusados. Nesse galope, a seguir passa-se ao estudo de medidas que possam colaborar na impulsão dos PAD's, eliminando alguns entraves que os divorciam de suas marchas céleres.

2. DEZ MEDIDAS PARA ACELERAR A TRAMITAÇÃO DOS PAD'S

No título anterior apresentou-se o estado da arte do trote processual dos PAD's no SisCor e suas principais corregedorias, constatando-se que há grande diferença nos tempos de tramitação entre as unidades analisadas. Agora se pretende estudar e oferecer sugestões de práticas processuais que acelerem a tramitação dos PAD's e que possam ser usadas em todas as unidades correcionais.

São providências, diligências e cautelas a serem tomadas pelas autoridades instauradoras e principalmente pelas comissões de investigação e de inquérito, abrangendo as duas grandes fases dos PAD's, investigação inquisitorial, em regra sem participação do acusado (CARVALHO, 2012, p. 453), e inquérito administrativo, sob o manto do contraditório e ampla defesa, direitos de envergadura constitucional e legal (COUTO, 2014, p. 136), que a partir daqui se passa a estudar.

2.1. IMPORTÂNCIA DA MANUALIZAÇÃO E DOS MODELOS PROCEDIMENTAIS

As corregedorias que investem na capacitação dos seus servidores também oferecem manuais de PAD, modelos de termos e de atos processuais. Com essa postura proativa auferem-se ganhos temporais e tal medida está presente na CGU, na condição de órgão central do SisCor, e na Coger-RFB, por exemplo (TEIXEIRA, 2020, p. 626).

A CGU disponibiliza farto material no seu sítio eletrônico, onde repousa seu Manual de PAD (2021), que é referência técnica oficial no SisCor, além da página do Repositório de Conhecimento (2021), e do Portal de Corregedorias (2021), onde se encontram diversos outros materiais de referência disponíveis para consultas.

Já a Coger-RFB instituiu o seu Manual de Corregedoria (ManCor) em abril de 2015, voltado especificamente para o PAD. O ManCor está disponível apenas internamente, para acesso aos servidores da Coger-RFB, sendo composto por células de informações na forma de pequenos textos concisos, sem reproduções normativas, jurisprudenciais e doutrinárias, organizadas em módulos e submódulos.

A conscientização dos servidores em seguir os manuais e adotar os modelos padronizados, se não influencia drasticamente na celeridade processual certamente gera segurança jurídica, com o trabalho respaldado pelas orientações institucionais, aliada ao ganho de tempo na redação de atos e termos processuais.

As lacunas da processualística disciplinar obrigam a frequentes integrações do direito disciplinar com o CPP e o CPC, gerando discussões e controvérsias. Nesse cenário, a existência de manuais, modelos e notas técnicas das unidades de correição propicia segurança para o trabalho das comissões (VIEIRA, 2005, p. 122).

Nesse racional, também são importantes os eventos de capacitação para os servidores novos e de reciclagem para os antigos, além de seminários com representantes de órgãos intervenientes externos, para discussão de casos e elaboração de orientações internas. Visando à uniformização de entendimentos, tendo em vista a reiteração de teses de defesa, também é útil a criação de um repositório de contra-argumentos.

2.2. OTIMIZAÇÃO DAS INSTAURAÇÕES DE PROCESSOS E CONTROLE DA PRODUTIVIDADE

Primeiramente, visando à economia processual e à solução consensual de conflitos, relembra-se que a CGU criou o termo de ajustamento de conduta (TAC), cuja celebração deve ser estimulada, a fim de evitar a instauração de PAD's por infrações comportamentais de menor poder ofensivo (NÓBREGA, 2015, p. 3).

O TAC permite a reabilitação da ordem interna com o uso de procedimento mais eficaz e célere, primando pelo princípio constitucional da razoável duração do processo em sede administrativa, ao passo que impede a instauração de lide disciplinar para casos solucionáveis de plano, na própria instrução pré-processual, como uma verdadeira técnica de gestão e não de Direito Disciplinar (DEZAN, 2011, p. 381).

Ainda a cargo da administração pública, cita-se o exemplo da Coger-RFB, que no mesmo contexto em que decidiu criar o ManCor, implementou medidas administrativas visando à agilidade, à flexibilização dos trabalhos e à redução do tempo de duração dos processos: implantação do processo digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico da RFB (e-Processo) e da modalidade teletrabalho.

Também se flexibilizou a rigidez da competência correccional associada à região fiscal, nacionalizando os trabalhos e criando o Grupo Nacional de Investigação (GNI), o Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) e o Grupo Nacional de Comissões - GNC (TEIXEIRA, 2020, p. 151 e 200).

Essas medidas atuam em conjunto, favorecendo a tramitação processual sem documentos físicos em papel; propiciam maiores motivação e produtividade ao servidor, que trabalha em sua casa, estimulando não só o ingresso de novos servidores no sistema, mas principalmente a permanência dos mais experientes.

Noutro giro, é importante atentar para que os processos não fiquem por longos períodos sem a prática de atos processuais quando as comissões conduzem vários PAD's simultaneamente, porque o princípio da oficialidade "obriga a administração pública a impulsionar o feito, praticando atos céleres e pertinentes ao desenvolvimento da apuração"(MATTOS, 2020, p, 289).

No caso de haver "fila" de denúncias para distribuir às comissões em razão de já estarem atarefadas, deve-se utilizar a Portaria CGU/CRG nº 202/2021, que instituiu critérios lógicos, por meio de diversos parâmetros, para identificar o grau de prioridade de análise das denúncias e de instauração de PCI's e de PAD's, disponibilizando uma planilha que pode ser adaptada às peculiaridades de cada corregedoria.

É importante que haja um controle gerencial do andamento dos processos, que deve incluir uma reunião mensal individualizada com as comissões, para avaliar o trabalho feito no mês e o que falta fazer. Nas corregedorias que pontuam a produtividade dos comissários, deve-se atribuir pontuação condizente com a complexidade do caso e haver rigor no controle da dedicação e produtividade.

Essas atribuições gerenciais de controle do andamento dos trabalhos e de cumprimento de deveres funcionais elementares dos comissários não devem ser confundidas com indevida quebra da autonomia e da independência das comissões, pois não há interferência na leitura de mérito dos casos processados.

2.3. COMISSÕES PERMANENTES E DISTRIBUIÇÃO DE TAREFAS ENTRE OS COMISSÁRIOS

Preferencialmente, os membros das CI's devem ser estáveis no cargo que ocupam, como defendem Lessa (2008, p. 91-92) e Maia Filho (2012, p. 95-96), e não apenas no serviço público, como sustentam Dezan

(2013, p. 90-91) e Costa (2010, p. 214). Isso porque, há julgados do STJ requerendo a estabilidade no cargo, sendo mais seguro evitar o risco de ver o PAD tombar judicialmente por esse motivo.

Deve-se tentar ao máximo designar comissões permanentes, com os mesmos membros, dividindo as presidências dos casos distribuídos e evitando alterações do colegiado com substituições de membros. É útil, ainda, dentro do possível, designar integrantes da mesma unidade de lotação, que possuam afinidades profissionais na forma de atuar e tenham perfil técnico para a área investigada ou apurada.

A referida estratégia traz a vantagem de os comissários já se conhecerem e terem estabelecida entre si a forma de distribuição de tarefas. Ao contrário, as sucessivas trocas de membros impactam negativamente na celeridade processual, pois a entrada de novo integrante além de prejudicar a formação de comissões fixas, altera a rotina do colegiado e consome tempo para que o novo membro analise o processo. Assim, as substituições de membros das comissões devem limitar-se a situações residuais e insuperáveis.

Em termos de distribuição interna de tarefas entre os membros da comissão, sugere-se que o presidente faça todo o trabalho operacional, como pesquisas, elaboração de atas, de perguntas das oitivas, da indicição, das notificações, intimações e relatório final, cabendo aos demais membros revisarem os documentos e debaterem.

Essa medida não impede que se designe alguma dessas tarefas especificamente a um outro membro da comissão que tenha mais habilidade para o ato, como por exemplo pesquisas em sistemas e levantamento de dados, por ter mais intimidade com ferramentas de tecnologia da informação.

Outro exemplo seriam as intimações e notificações ficarem a cargo de outro membro que tenha mais habilidade nos contatos pessoais, para que os intimados e notificados se sintam mais confortáveis para atender aos chamados, sejam mais colaborativos e assim suas participações agreguem mais ao apuratório.

Concentrar a produção dos atos no presidente, quando conjugado com comissões permanentes com os mesmos membros, equilibra a carga de trabalho entre os comissários, porque se a mesma comissão receber seis processos para conduzir, distribuem-se as seis presidências entre os três

membros, recaindo apenas duas sobre cada um. Isso lhe permitirá trabalhar com maior foco apenas nesses dois processos, com mais celeridade.

Nos PCI's, sugere-se selecionar aquele que se entende ser o mais simples e trabalhar na sua impulsão, definindo o foco investigativo e iniciando as pesquisas necessárias, buscando chegar o mais rápido possível na fase de oficiar, intimar, requisitar e solicitar informações, sem poder avançar antes de receber as respostas.

Nessa passada, enquanto aguarda as respostas inicia a impulsão de outro PCI, repetindo essa estratégia de esgotar os atos ao seu alcance e, enquanto aguarda as providências que dependam de terceiros, impulsiona outro PCI. No caso de PAD, a comissão deve priorizar os que já estão com instrução probatória mais avançada.

Estando o PAD na fase de interrogatório final, indicição ou relatório final, o foco deve ser total nesse processo, para concluí-lo o mais rápido possível, já que nesses momentos derradeiros o processo depende apenas da comissão. A exemplo do sugerido para o PCI, também no PAD deve-se avançar até o ponto de ser inevitável aguardar o resultado de provocações externas, e enquanto se aguarda por elas se foca noutro PAD.

A conciliação na condução de diversos PCI's ou PAD's simultâneos se harmoniza com a divisão interna de tarefas de cada comissão, ou seja, a cada caso, com as tarefas que normalmente se atribuem aos presidentes (de condução) e aos vogais (de apoio e revisão) e deve estar refletida nos respectivos planos de trabalho.

2.4. BUSCA DE ELEMENTOS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE, AUTORIA E DA VERDADE PROCESSUAL

Enquanto por um lado a postura de exaurir a investigação anterior ao PAD permite descobrir fatos novos, além dos denunciados, por outro corre-se o risco de perder o foco do trabalho, estendendo desnecessariamente o recorte fático e prejudicando a celeridade processual. Assim, embora a fase investigativa não deva se restringir apenas ao teor da denúncia, tampouco deve ampliar-se demasiadamente (NOGUEIRA, 2004, p. 107).

Deve-se buscar um conjunto mínimo suficiente para caracterizar com robustez os indícios de materialidade e autoria, sustentando a proposta de instauração de PAD e limitando o foco que a CI deverá seguir. Já o PAD deve ser o foro para ofertar ampla defesa e contraditório, além da realização de provas indispensáveis de natureza contraditável (GUIMARÃES, 2006,

p. 122), mas sem perseguir fatos novos, para não correr o risco de diluir o conjunto probatório suficiente já autuado.

Caso já exista nos autos provas suficientes para a segura convicção da CI, dispensa-se a busca de novas provas que ratificam a materialidade e a autoria já comprovadas. A CI não deve tentar comprovar tudo que a defesa argumenta, pois o ônus da prova é de quem alega (LOURENÇO, 2015, p. 36), conforme o art. 36 da Lei nº 9.784/99. Também deve empregar corretamente o conceito de provas indiretas, admitidas pelo art. 239 do CPP e o inciso IV do art. 374 do CPC, diante de materialidade cuja comprovação direta é impossível.

Essa estratégia é importante nos casos de conduta continuada, de forma que uma vez comprovada determinada quantidade de atos dolosos de uma certa atividade, num limite temporal razoável para desconfigurar eventualidade, já se dispõe dos elementos que afastam a tese de erro escusável e que podem sustentar a penalidade.

É irrelevante e dispensável, para se chegar nesse mesmo resultado, diligenciar para identificar o dobro ou o triplo de atos daquela espécie de infração, numa varredura exaustiva em todo o período disponível para pesquisa no sistema informatizado ou buscar exaurir todas as demais atividades que o acusado praticou.

É mais eficiente ter um conjunto de provas robustas obtidas em prazo razoável, do que tentar agregar mais provas com certa fragilidade e que prolongam o tempo, pois será sobre esses elementos menos robustos que a defesa se concentrará para desqualificar o trabalho.

2.5. DESMEMBRAMENTO E PROVA EMPRESTADA

No curso do PCI e do PAD a ocorrência envolvendo diversos servidores e vários fatos pode ser desmembrada (LESSA, 2011, p. 81). Enquanto de um lado todos os servidores envolvidos e todos os fatos conexos mantidos num único processo propicia uma visão conglobante, de outro a presença de vários acusados pode acarretar perda de celeridade, pois a impossibilidade de comparecimento de um deles a determinado ato inviabiliza sua prática. Nesses casos, é útil desmembrar o processo.

Seja num rol de materialidades e/ou de autorias já denunciadas em conjunto, ou detectadas no curso do processo, quando os indícios são indissociáveis não há como se cogitar de desmembramento, mas não

sendo esse o caso, pode-se desmembrar o conjunto inicial, ou pode-se representar para a autoridade instauradora a detecção dos novos fatos a merecerem uma fase de admissibilidade própria (LUZ, 1999, p. 76).

São exemplos frequentes de desmembramento, já desde o PCI, os processos advindos de operações policiais, em que o vasto material com afastamento de sigilos bancário, telefônico, informático e telemático, e de diversos mandados de busca e apreensão pode indicar diversidade de autores envolvidos.

O volumoso material compartilhado pela esfera penal pode ser originalmente autuado em um processo-mãe, apenas como repositório a não ser trabalhado, e posteriormente selecionam-se os documentos referentes a cada investigado e a cada materialidade, para formação de quantos processos-filhos forem necessários.

Mesmo para um único investigado, pode ser eficiente desmembrar em processos separados para cada fato aparentemente irregular, pois se pode identificar situações desde já robustamente comprovadas, a ensejarem mais céleres fases de admissibilidade e PAD expulsivo, podendo-se dar menor prioridade a outras situações com provas iniciais mais frágeis e que demandariam mais tempo e esforço investigativo e apuratório.

O tema do desmembramento traz à tona a validade, na processualística disciplinar, do instituto da prova emprestada. A prova já realizada noutro processo, seja administrativo ou judicial, pode ser trazida para o processo em curso, poupando-se o tempo que se gastaria com seu refazimento (ALVES, 2003, p. 161).

2.6. AFASTAMENTO DE SIGILO BANCÁRIO

Embora seja certo que o afastamento de sigilo bancário oferece à comissão uma visão privilegiada da situação patrimonial do investigado, ou do acusado, não se deve banalizar este pedido. Adotando-se o método do rastreio patrimonial restrito sob a ótica das aplicações (ou seja, por aquisição de bens ou por realização de despesas não lastreadas em origens que a justifiquem), não necessariamente se requer a entrega de extratos bancários por parte do servidor, ou solicitação judicial da quebra do seu sigilo bancário.

Por ser um procedimento demorado, é necessária parcimônia no pedido de afastamento dessa garantia. Diante de indícios de inconsistências

patrimoniais, a comissão deve primeiramente intimar o servidor a justificar sua movimentação financeira e bancária, podendo, somente com esse expediente, já se ter esclarecidos pontos inicialmente obscuros.

Nos casos em que efetivamente se necessitar de afastamento do sigilo bancário, a comissão deve, em sequência, solicitar ao servidor que disponibilize seus extratos bancários. Somente após esgotada essa primeira tentativa, deve a comissão partir para o pedido judicial de afastamento, por intermédio da AGU (TEIXEIRA, 2020, p. 1086).

Para que o resultado seja mais célere, o pedido judicial deve incluir que o Juízo autorize a corregedoria solicitante a se reportar diretamente à instituição financeira, inclusive indicando as contas a terem o sigilo bancário afastado, o que agiliza o processo em caso de necessidade de retificação ou de complementação dos dados fornecidos. Convém solicitar que a AGU forneça uma cópia de sua petição à autoridade instauradora, para que a unidade de correição possa avaliar se o pedido atende exatamente a demanda.

A rigor, não só o pedido de afastamento de sigilo bancário deve ser visto com cautela, mas sim todo tipo de judicialização deve ser evitado ao máximo. Mas, sendo inevitável, convém que a autoridade instauradora e até mesmo o presidente da comissão mantenham contato frequente com o advogado da União responsável pelo pedido, reforçando verbalmente a necessidade daqueles dados para o prosseguimento do processo, e sempre registrando os contatos em termo de ocorrência, para demonstrar a iniciativa e a diligência do colegiado.

2.7. PERÍCIA IMOBILIÁRIA, APURAÇÃO ESPECIAL E DEMAIS PROVAS PERICIAIS

Uma vez que é comum em PCI's ou em PAD's de natureza patrimonial se discutir o valor de uma operação imobiliária, há a possibilidade de a comissão provocar a realização de perícia imobiliária, ou avaliação imobiliária, por empresa ou profissional especializado e licenciado pela Caixa Econômica Federal (CEF).

Essa perícia além de demorada, onerosa e de natureza contraditória, portanto passível de posterior questionamento se não for ofertada à defesa a possibilidade de quesitação no PCI, nem sempre é satisfatoriamente conclusiva, por apresentar resultados de baixa confiabilidade, devendo ser substituída por outros meios, ao alcance da própria comissão, para se chegar ao valor da operação.

Sugere-se a pesquisa de média dos valores de imóveis similares e de próxima localização, como por exemplo o índice Fipe-Zap; o emprego do Custo Unitário Básico de Construção (CUB/m²); a comparação entre os valores de compra e de posterior venda do mesmo imóvel pelo investigado e o valor pelo qual o imóvel havia sido comprado pelo proprietário anterior; e, sendo casa, pesquisas de melhorias visíveis no Google Earth.

Embora às vezes seja realmente necessário, deve-se evitar a produção de provas que requeiram a participação de agentes externos, como perícias e apurações especiais, porque em regra são demoradas.

Não obstante, nos casos em que houver necessidade de prova cuja realização dependa de agente externo, convém que a autoridade instauradora e até mesmo o presidente da comissão mantenham contato frequente com o agente responsável pela perícia, sempre registrando em termo de ocorrência para comprovar a iniciativa e a diligência da comissão, e informando sobre a relevância daquela prova para o prosseguimento do processo.

2.8. FORMAS DE ENTREGA DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO

Quanto aos meios válidos de fazer chegar ao destinatário os ofícios e as intimações em PCI's, bem como os ofícios, as intimações e os demais atos de comunicação exclusivos dos PAD's, como as notificações iniciais, as notificações de atos de instrução e as citações, enumeram-se as seguintes (TEIXEIRA, 2020, p. 839-840):

I. Entrega física em mãos em duas vias, indo para os autos a via com a ciência;

II. Entrega por via postal com aviso de recebimento (AR), permitida pelo § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784/99;

III. Conforme autoriza a IN CGU/CRG nº 9/2020, a entrega também pode ser virtual, por meio de recursos tecnológicos, aos endereços de correios eletrônicos ou números de telefones móveis com acesso a aplicativos de mensagens escrita instantânea, também com os respectivos comprovantes de recebimento.

Dentre as necessárias cautelas para a segurança jurídica de que o meio virtual teve sucesso na entrega da mensagem escrita com o ato de comunicação anexado, caso o destinatário deixe desativado o recurso

do sinal gráfico do aplicativo que demonstre a leitura, pode-se agregar a estratégia de enviar logo em seguida uma mensagem de voz, pois esta não inibe o sinal gráfico.

Atente-se que a confirmação do recebimento do ato de comunicação não se baseia na mensagem de voz em si, já que a IN CGU/CRG nº 9/2020 apenas prevê mensagem escrita, mas sim na lógica de que se o aplicativo indica que o destinatário acessou o arquivo de áudio, antes ele também teve acesso à mensagem de texto.

Uma vez que a entrega de atos de comunicação pode impactar a celeridade processual, pois o investigado, o acusado ou até mesmo terceiros podem criar dificuldades para o recebimento, é importante utilizar as facilidades da citada IN CGU/CRG nº 9/2020, mas não havendo certeza do recebimento, a segunda opção é o uso da via postal com AR.

Caso, por algum motivo, se tenha a necessidade de entrega física em mãos, ou pelo correio eletrônico institucional, de ato de comunicação a servidor investigado, acusado ou terceiro que se evade, deve a comissão solicitar apoio ao titular da unidade de lotação ou de exercício do destinatário.

Caso o problema ocorra com o procurador, tratando-se de advogado com escritório estabelecido, a CI deve se dirigir e permanecer no escritório pelo tempo necessário até obter o contato com o defensor.

Não é obrigatório a CI entregar atos de comunicação tanto ao acusado quanto ao procurador, mesmo se este for advogado (REIS, 1999, p. 164). A princípio, pode-se concentrar as entregas apenas ao servidor. Caso haja procurador, a procuração conceda poderes e se assim prefira a defesa, as notificações podem dirigir-se apenas ao procurador.

Todavia, nada impede que a comissão convençione comunicar a ambos, sobretudo empregando endereços eletrônicos, em que a duplicidade de destinatários não gera perda de tempo, caso opte por maior segurança jurídica e desde que não utilizem esta prática como uma oportunidade a mais de causar dificuldades; havendo tentativas procrastinatórias, prevalece a regra de entregar a apenas um deles.

Eventuais dificuldades de entrega ao acusado pelos canais virtuais e postal podem suprir-se com o emprego da “hora certa” (RIGOLIN, 2012, p. 322). Todos os incidentes ocorridos na entrega de atos de comunicação

devem ser registrados em termos de ocorrência, a fim de demonstrar a diligência da comissão e eventual obstrução por parte da defesa.

As condições de servidor afastado (por licença, por exemplo), inativo, ex-servidor, ou residente no exterior dificultam a entrega dos atos de comunicação, razão pela qual nesses casos deve-se enfatizar o emprego da via virtual, mediante os recursos tecnológicos autorizados pela citada IN CGU/CRG nº 9/2020.

Especificamente para o servidor em licença médica que se recusa a participar do ato a que foi intimado, deve a comissão solicitar que a junta médica informe se a doença o incapacita para responder intimações, notificações, acompanhar o processo e ser interrogado. Caso seja necessário contato pessoal com o licenciado e este se oculte, a comissão deve perguntar a data de reapresentação ao setor médico e lá aguardá-lo.

No caso de destinatário em endereço conhecido no exterior, o senso comum se voltaria à busca de auxílio da autoridade consular brasileira no país estrangeiro. Mas a experiência demonstra melhor resultado com o emprego dos recursos tecnológicos e da via postal, usando a espécie de remessa postal mais segura para o serviço necessário, como o “Express Mail Service - SEM”, que é um serviço postal internacional para documentos e mercadorias com prioridade sobre outros serviços postais.

2.9. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O ATENDIMENTO DE INTIMAÇÕES

São comuns nos processos os atos de comunicação com intimação ou ofício (RESENDE, 2002, p. 64), cabendo então diferenciar quando se utiliza uma ou outra espécie. Sugere-se o uso de ofício para atos de comunicação não impositivos e sem exigência de prazo de atendimento, com fins de solicitar ou encaminhar informações para os destinatários. Também pode ser usado para qualquer ato de comunicação dirigido a autoridades públicas, para as quais não se cogita de intimar.

Já a intimação é recomendada para atos de comunicação com comando impositivo e com exigência de prazo de atendimento, com fim de requisitar resposta, esclarecimento ou informação que se possa exigir de pessoa física ou jurídica de direito privado. Alves (2001, p. 166) leciona que a testemunha deveria ser notificada, e não intimada, para prestar depoimento, porque a expressão “intimar”, normalmente utilizada no processo disciplinar é tecnicamente imperfeita, em desacordo com a natureza do ato que representa.

O poder de intimar servidor repousa no inciso II do art. 116 do Estatuto, e no inciso IV do art. 4º c/c o art. 39, ambos da Lei nº 9.784/99, enquanto o poder para intimar terceiros baseia-se apenas nestes últimos comandos. Os prazos legais para atendimento, a princípio, dependendo de para que se intima, são de três dias úteis ou de cinco dias corridos prorrogáveis, conforme o § 2º do art. 26 e o art. 24, ambos da Lei nº 9.784/99.

Não obstante a regra geral e os comandos legais, não é obrigatório que as comissões sempre façam dessa forma. Elas têm liberdade para empregar ofício em situações nas quais o mais adequado seria intimação, à vista de sua percepção autônoma de que convém buscar uma aproximação mais amistosa com o destinatário.

Essa postura pode incluir, quando possível, uma conversa inaugural informal por telefone ou por aplicativo de mensagem, escrita ou de voz, ou por correio eletrônico, e de preferência, se o caso assim permitir com pessoas jurídicas, dirigidos a interlocutor com poder de decisão. As comissões também têm liberdade para em cada caso avaliarem a dificuldade de atendimento das suas intimações e, com isto, concederem maior prazo.

Pode-se ter como balizamentos iniciais para prazo de atendimento de intimações desde os cinco dias corridos e prorrogáveis, para casos ordinários, até no máximo vinte dias corridos, para casos mais complexos em que a própria comissão reconheça ter requerido uma quantidade grande de documentos e de informações, como costuma ocorrer em questões patrimoniais.

Quando o destinatário, sobretudo a defesa, pede prorrogação de prazo para atendimento da intimação, alegando que está buscando os documentos requisitados, é útil a comissão adotar a estratégia de condicionar o deferimento à apresentação de protocolos que comprovem o alegado e de estimativa do tempo para obtenção.

Interessante destacar a possibilidade de empregar o Sistema Ofício Eletrônico (SOF), que emite certidões digitais para a administração pública, por meio do intercâmbio de informações com os cartórios de registros de imóveis. O (SOF) “agiliza o procedimento de requisição e expedição de informações registraes com o objetivo de atender demandas do Judiciário e de outros órgãos da administração pública” (2010).

Diante da estratégia do investigado em se omitir e não responder a intimação da comissão investigativa, sugere-se apenas uma reintimação,

na qual se expressa que não haverá outra prorrogação, e se o servidor permanecer silente, o colegiado deve prosseguir o PCI, com o entendimento que se extrai dos elementos até então coletados e não alterado em razão da ausência de justificativa da defesa.

Isto porque, no PCI as provas contrárias ao investigado em geral advêm do emprego de pesquisas e ferramentas de investigação de natureza não contraditória, resultado de pesquisas em sistemas informatizados e de respostas a ofícios e intimações. Em regra, já se tem o elemento probatório produzido e dá-se ao servidor a possibilidade, de justificar a licitude de seu ato funcional ou de explicar uma aplicação de vulto sem respaldo nas origens conhecidas ou um depósito de vulto sem origem comprovada.

A oportunização ao investigado, intimando-o a se manifestar, propicia-lhe a chance de justificar algo que inicialmente parecia indício de infração. Caso o servidor não responda à intimação e à reintimação, a comissão tem amparo para considerar que aquele indício atua contrariamente ao intimado na formação de convicção, sem que tenha cerceado seu direito de defesa, não cabendo ficar refém, reiterando por várias vezes, a mesma intimação sem resposta.

Atuam fortemente no PAD os princípios da oficialidade e da presunção de inocência. O primeiro denota que a administração tem o dever de impulsionar o processo, promovendo todo o necessário para atingir uma decisão final (DALLARI; FERRAZ, 2001, p. 86). O segundo, que para Lenza (2009, p. 1020) seria melhor denominado “princípio da não culpabilidade”, significa que “enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente”(TOURINHO FILHO, 2004, p. 64).

Em que pese o dever de respeito aos aludidos princípios, se a comissão já dispuser dos elementos probatórios e intimar o acusado a manifestar-se sobre eles, basta uma reintimação, deixando claro que não haverá outra prorrogação, para estar autorizado o prosseguimento com o rito e a manutenção da convicção extraída daqueles elementos.

Essa situação não se confunde com outra, bastante diferente e que acarretaria nulidade, na qual a comissão não possui elemento de prova acerca de determinado fato, intima a defesa a se manifestar sobre este fato, a defesa silencia e daí a comissão constrói um entendimento de forma unilateral e inquisitorial sobre o fato.

A sugestão de reintimar apenas uma vez também cabe no caso de o indiciado, em vez de apresentar defesa escrita, apresentar petições protelatórias. Caso a comissão indefira os pedidos, deve notificar a defesa e, no mesmo ato, intimá-la a apresentar sua peça escrita, sob pena de declaração de revelia. O mesmo se aplica para apenas uma reintimação a terceiros, com a diferença de que a comunicação pode acrescentar em sua base legal possível representação ao MPF por crime de desobediência, do art. 330 do CP.

2.10. INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL

A questão da insanidade mental do acusado não se relaciona com sua investidura, mas com sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato, plena ou parcialmente, no momento da infração disciplinar (DEZAN, 2011, p. 434), ou durante o acompanhamento do PAD. A enfermidade mental que priva o servidor de agir e de querer, configurando sua incapacidade de entendimento, é excludente de qualquer das três espécies de responsabilidade (CARVALHO, 1957, p. 132).

A tentativa de obstruir ou postergar o andamento de PAD com instauração de incidente de sanidade mental é artifício razoavelmente comum de defesa, sobretudo quando não vislumbra possibilidade de convencer no mérito ou quando cogita de atingir a prescrição. A insanidade mental é um argumento raramente apresentado no PCI, porque muitas vezes ele tramita sem o conhecimento do investigado.

A alegação de insanidade mental pode se manifestar sobre dois momentos, de forma exclusiva ou de forma cumulativa e, em geral, vem acompanhada de atestado médico de psiquiatra particular. Em contrapartida, o art. 160 do Estatuto prevê a possibilidade de instauração do incidente apenas se “houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado”, o que autoriza o indeferimento do pedido caso não haja dúvida.

A primeira tentativa, menos comum e menos produtiva para as defesas, é de alegação de doença mental incapacitante na época do cometimento do fato, que teria impedido o acusado de discernir sobre o caráter ilícito de sua conduta. A menos que o servidor disponha de documentação que comprove a doença mental à época do fato, a alegação posterior não costuma prosperar, bastando buscar na sua ficha funcional provas de que exercia regularmente suas atividades laborais, sem registro de licenças médicas.

Na hipótese de haver licenças médicas na época, deve-se provocar a junta médica oficial para esclarecer se decorriam de doença mental incapacitante. Ademais, ainda que se instaure o incidente, sendo alegação sobre moléstia pretérita, não há que se suspender a normal tramitação do PAD em curso, não se justificando efeito na celeridade processual.

A segunda tentativa, mais comum e mais produtiva para as defesas, é de alegação de doença mental incapacitante à época do PAD, que impediria o acusado de exercer o contraditório e a ampla defesa. O contraditório é a possibilidade de participar e fiscalizar a produção de provas da administração, de estar presente para verificar a correção e adequação técnicas (MOREIRA, 2000, p. 225), enquanto a ampla defesa é o conjunto de meios pelos quais a parte pode comprovar a improcedência do direito oposto ao dela, com produção ampla de provas (CARVALHO FILHO, 2001, p. 56).

Esse pedido de exame de sanidade mental, vindo acompanhado de atestado de psiquiatra particular, pode causar insegurança na comissão. Nesse caso, deve-se buscar a visão conglobante do fato, verificando se há indícios de perda da capacidade laboral, questionando a chefia e colegas, intimando o servidor a apresentar toda a documentação médica que ampare o alegado e verificando se há registros de licenças médicas.

Caso o pedido de incidente de sanidade mental seja apresentado já no curso do inquérito administrativo e ainda mais na defesa escrita, depois de o acusado já ter participado de atos de instrução, sobretudo interrogatório prévio, com atuação regular que denota capacidade mental, fica mais fácil a comissão indeferir.

A CGU emitiu o Enunciado CGU/CCC nº 12/2006, dispondo que o atestado médico particular não tem, necessariamente, o condão de sobrestar o processo disciplinar. Inexistindo dúvida razoável acerca da capacidade do acusado para o acompanhamento do processo, com base no conjunto probatório, poderá a prova pericial ser indeferida.

Para isso, em situações nas quais se desconfia de ser mera estratégia protelatória, mas não há fortes elementos para indeferir o pedido, a CI pode usar algumas estratégias de inteligência investigativa, a fim de coletar elementos informadores para instruir a junta médica oficial, propiciando ao corpo médico uma visão global do quadro do servidor.

Um exemplo de investigação seria provocar a autoridade instauradora para se montar operação de campo e monitorar, em locais públicos, sem

invasão de intimidade e de privacidade, a normal atividade do acusado, com capacidades cognitiva e motora aparentando normalidade. Na mesma linha, pode-se pesquisar postagens do servidor em redes sociais, com notícias de passeios, viagens, atividades físicas e festividades em geral.

Também pode ser factível obter comprovação de contratação de seguros de vida e de financiamentos ou empréstimos recentes, a fim de buscar as autodeclarações de saúde firmadas pelo servidor. Ainda na estratégia de instruir com inteligência o incidente de sanidade mental, pode-se ouvir seus chefes, colegas de trabalho e familiares.

Nessas oitivas, deve-se fazer perguntas padronizadas e organizadas com conhecimento técnico das áreas de psiquiatria e de psicologia e que, mesmo manejadas por colegiado leigo, extraíam informações do perfil comportamental do acusado nas suas atividades diárias.

Mesmo que se instaure o incidente, não necessariamente é de se suspender o andamento do PAD, podendo-se realizar atos que dispensem a presença do acusado. No PAD o “princípio da relativa suficiência do processo administrativo” impede que a CI ou a autoridade instauradora decidam contrariamente ao laudo, podendo apenas determinar a realização de novo exame. Nesse caso, se os laudos forem contraditórios entre si, deve-se buscar um terceiro laudo para decidir (DEZAN, 2011, p. 435).

Para suprir eventuais lacunas da eventual ausência de psiquiatra e da lentidão, recomenda-se empregar a rotina disponibilizada pela CGU/CRG, na aba “Auxílio Perícias Médicas - PAD”, do Portal de Corregedorias (2021). Nessa rotina, a CGU/CRG indica os nomes dos médicos públicos a atuarem como peritos, sendo um psiquiatra, e a data em que estarão disponíveis para realização da perícia, com a vantagem de serem peritos mais afetos à área disciplinar.

CONCLUSÃO

O objetivo deste estudo foi descobrir e apresentar práticas processuais para agilizar a tramitação dos PAD's no SisCor, com técnicas a serem usadas pelos seus servidores na condução dos processos. A motivação foi a evolução da processualística disciplinar brasileira desde a Constituição de 1988 e a atual preocupação do SisCor com resultados voltados à celeridade processual, que aflige todo o sistema processual e a sociedade, justificando o estudo do tema.

Iniciou-se apresentando o panorama da celeridade processual no SisCor e suas principais corregedorias, para em seguida mergulhar nas técnicas de combate à morosidade da tramitação dos PAD's, que chegaram a dez, podendo-se chamá-las de “dez medidas de combate à morosidade processual disciplinar”, parafraseando as “dez medidas de combate à corrupção”, de iniciativa do Ministério Público Federal em 2015.

As medidas referem-se à importância da manualização e dos modelos procedimentais; à otimização das instaurações de processos e ao controle da produtividade; à designação de comissões permanentes e distribuição equilibrada das tarefas entre os comissários; e à busca de elementos suficientes de materialidade, sem perder tempo buscando quantidade desnecessária de provas do que já está comprovado.

Também se mostrou interessante o desmembramento de processos e a melhor forma de manuseá-los, quando há vários autores e fatos distintos a serem apurados; as medidas prévias ao pedido de afastamento de sigilo bancário, a forma mais adequada de pleiteá-lo e a parcimônia com que deve ser tratado. Da mesma forma, abordou-se a perícia imobiliária, as apurações especiais e demais provas periciais.

À derradeira, abordaram-se as formas de operacionalizar a entrega dos atos de comunicação, a importância da fixação de prazo para o atendimento de intimações, e técnicas para lidar com o incidente de sanidade mental. Essas dez medidas refletem procedimentos e posturas que tomadas individualmente não modificam sensivelmente o tempo de duração do PAD, mas quando implementadas em conjunto e elevadas a padrão de condução processual tendem a fazer bastante diferença.

Não há dúvida de que essas práticas são úteis para acelerar a tramitação processual, mas há um fator essencial que antecede essas medidas e talvez seja mais importante que todas elas: o comprometimento, a boa vontade e a disposição do servidor que atua na área correcional para impulsionar os processos e vê-los concluídos com a brevidade que a Constituição de 1988 requer e que a sociedade que o remunera merece.

Os comissários devem agir como se tivessem alergia a ver o processo parado sem produção de atos, para assim mantê-lo em permanente movimento, como se estivessem alimentando um ser vivo que precisa de nutrientes para se desenvolver. Por isso, a última sugestão deste estudo é que se fixe um limite imaginário de cinco dias úteis sem produzir atos

processuais, assim os PAD's não passarão mais de uma semana sem alimentação.

No início deste texto mencionou-se a inspiração de Einstein sobre a importância do movimento para a manutenção da vida, e agora uma vez mais se recorda o gênio para sedimentar a relevância do movimento, da impulsão processual, a cargo das comissões, como medida indispensável para mitigar o problema da morosidade processual, que aflige toda a sociedade, porque a melhor justiça é aquela que não tarda.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. *A Prova no Processo Disciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 161.

ALVES, Léo da Silva. *Prática de Processo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 166.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/633/460>. Acesso em 29/12/2021.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 113, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/75>>. Acesso em 29/12/2021.

BRASIL. *Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União*. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília. Publicado em janeiro de 2021, 368 páginas. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64869/6/Manual_PAD_2021_1.pdf>. Acesso em 05/01/2022.

CARVALHO, Anísio Astério Contreiras de. *Estatuto dos funcionários públicos interpretado*. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 223-224.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública*. 3ª edição. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 453.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª edição revista, ampliada e atualizada até 31/12/2014. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1026.

_____. *Processo administrativo federal: comentários à Lei 9.784/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 56.

COUTO, Reinaldo. *Curso prático de processo administrativo disciplinar e sindicância*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 136.

COSTA, José Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar - Teoria e Prática*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 214.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86.

DEZAN, Sandro Lúcio; MARTINS, Jader Ferreira. *Elementos epistemológicos de processo administrativo disciplinar*. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 2.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2011, p. 381.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar - Direito Processual*. Volume III. Curitiba: Juruá, 2013, p. 90-91.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 122.

LESSA, Sebastião José. *Direito Administrativo Disciplinar Interpretado pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 91-92.

LESSA, Sebastião José. *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância - doutrina, jurisprudência e prática*. 5ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1020.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015, p. 36.

LUZ, Egberto Maia. *Sindicância e processo disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: Edipro, 1999, p. 76.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Breves Estudos Tópicos das Garantias do Servidor Público no Processo Administrativo Disciplinar*. Fortaleza: O Curumim Sem Nome, 2012, p. 95-96.

MARTINS, Roberto de Andrade. Galileo e a rotação da Terra. *Caderno Brasileiro de Ensino de Física*, Vol. 11, Nº. 3, 1994, p.196-211. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5165964>. Acesso em 28/12/2021.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 289.

MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei Federal nº 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 225.

NÓBREGA, Antônio Carlos Vasconcellos. *A Eficiência Econômica dos Termos de Ajustamento de Conduta nos Procedimentos Disciplinares*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2015, 75 p. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29330/5/Dissertacao_Eficiencia_Economica_TAC.pdf>. Acesso em 04/01/2022.

NOGUEIRA, Simone Baccarini. *Manual de Sindicância Investigatória, Sindicância Punitiva e Processo Administrativo Disciplinar do Servidor Público Federal*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 107.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-105, jan./jun. 2008.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. *Processo Disciplinar*. 2ª edição. Brasília: Consulex, 1999, p. 164.

REZENDE, Adriana Menezes de. *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 64.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 322.

TEIXEIRA, Marcos Salles. *Anotações sobre processo administrativo disciplinar*. Rio de Janeiro. Publicado no sítio eletrônico da CGU. Versão de agosto de 2020, p. 565. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/anotacoes-sobre-pad.pdf>>. Acesso em 28/12/2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 64.

VIEIRA, Judivan Juvenal. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 122.

RECEBIDO EM: 30/03/2022
APROVADO EM: 13/09/2022

MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO: FUNDAMENTOS, INSTRUMENTOS E ESPECIFICIDADES NO DIREITO BRASILEIRO

*APPROPRIATE METHODS OF CONFLICT RESOLUTION INVOLVING THE PUBLIC
AUTHORITIES: FOUNDATIONS, INSTRUMENTS AND SPECIFICITIES IN BRAZILIAN
LAW*

Lúcio Picanço Facci¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentos constitucionais. 3. Previsões normativas no âmbito federal. 4. Os meios adequados de resolução de conflitos e o Poder Público. 4.1. Negociação, conciliação e mediação. 4.2. Arbitragem. 4.3. *Dispute boards*. 5. Especificidades. Conclusão. Referências.

1 Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Fluminense de Letras. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor Adjunto de Direito Civil e Processo Civil da Universidade Federal Fluminense – UFF – Niterói (RJ).

RESUMO: É analisada, neste artigo, a viabilidade de aplicação dos meios adequados de resolução de conflitos especificamente nas controvérsias que envolvam o Poder Público, tais como a negociação conciliação, a mediação, a arbitragem e os comitês de prevenção e solução de disputas. O exame desta viabilidade é feito a partir da análise dos fundamentos constitucionais, identificados no princípio do acesso à justiça, da democracia, da eficiência e da moralidade como cooperação, que amparam a utilização de tais instrumentos para a solução de conflitos administrativos. São apresentadas, exemplificativamente, casos de explícita autorização normativa no plano federal para a incidência dos meios adequados aos litígios envolvendo o Estado. São abordadas, ainda, as condições de possibilidade para a realização dessa incidência, especificidades inerentes ao regime de Direito Público de necessária observância pelo Poder Público, tais como o respeito à isonomia, a exigência de publicidade dos atos administrativos, bem como a atenção à regra constitucional do uso de precatórios para o pagamento de suas dívidas.

PALAVRAS-CHAVE: Meios adequados. Resolução de conflitos administrativos. Conciliação. Mediação. Arbitragem. Comitês de disputas. Fundamentos constitucionais. Especificidades.

ABSTRACT: In this article, the possibility of applying adequate means of conflict resolution will be analyzed specifically in controversies involving the Public authorities, such as conciliation negotiation, mediation, arbitration and dispute board. The examination of this feasibility will be based on the analysis of the constitutional foundations, identified in the principle of access to justice, democracy, efficiency and morality as cooperation, which support the use of such instruments for the solution of administrative conflicts. Examples of cases of explicit regulatory authorization at the federal level will be presented for the incidence of adequate means for litigation involving the State. It will also address the conditions of possibility for carrying out this incidence, specificities inherent to the Public Law regime that must be observed by the Public authorities, such as respect for isonomy, the requirement of publicity of administrative acts, as well as the attention to the constitutional rule of the use of court-ordered debt for the payment of its debts.

KEYWORDS: Adequate means. Resolution of administrative conflicts. Conciliation. Mediation. Arbitration. Disputes boards. Constitutional fundamentals. Specificities.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende examinar a utilização de mecanismos adequados para a resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública.

A crescente judicialização das questões administrativas e a intransigência do Estado em juízo, para além de representarem as principais causas dos expressivos índices de participação do Poder Público nos processos em tramitação na Justiça brasileira, são apontadas como importantes fatores para a morosidade da prestação jurisdicional e para a falta de efetividade do processo na atualidade.

O notório expressivo volume de causas nas quais o Estado figura como parte só aumenta a responsabilidade do Poder Público e da Advocacia Pública, que devem contribuir decisivamente para reverter o quadro de absoluto entupimento de processos que tramitam no Judiciário brasileiro.

As estatísticas relacionadas ao volume de processos em tramitação no Poder Judiciário brasileiro impressionam. De fato, os relatórios produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominados “*Justiça em Números*”, por exemplo, dão conta de uma realidade bastante preocupante.² O último relatório publicado pelo CNJ em 2021 informa que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação.³

Esses números revelam o tamanho da crise do Judiciário brasileiro, que caminha para o esgotamento. Quando nos referimos a crise, estamos querendo apontar para a ineficiência do Poder Judiciário em resolver o volumoso acervo de conflitos que lhe foi submetido. Isso não significa dizer o Judiciário produz pouco. Muito ao contrário: o Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) publicado pelo CNJ em 2021, revela que esse indicador tem crescido desde 2014, atingindo o maior valor da série histórica no ano de 2019, com 2.106 casos baixados por magistrado(a), e em 2020 retornando ao patamar de 2011-2012, número também afetado

2 Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 4 de maio de 2022. Estes documentos constituem a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário desde 2004, regido desde 2006 pelas Resoluções do CNJ de nºs 15/2006 e 76/2009, que regulamentam a coleta e sistematização de dados e traz detalhamento da estrutura e litigiosidade do Poder Judiciário, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a gestão judiciária brasileira.

3 Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>, p. 102. Acesso em 4 de maio de 2022.

pela pandemia de Covid-19. Alcançou ainda a média de 1.643 processos baixados por magistrado(a) em 2020, ou seja, uma média de 6,5 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recessos.⁴

Pode se notar que não se trata, propriamente, de uma crise de produtividade, mas de incapacidade do Judiciário de dar conta, em prazo razoável, do volumoso acúmulo de processos que nele tramitam.

Além da morosidade e da multiplicação de processos na Justiça brasileira, a crise do sistema de prestação de justiça também se refere à adequação da técnica a ser utilizada para a composição do conflito, mesmo aqueles que envolvam o Poder Público.

É diante deste cenário que sobreleva de importância a temática atinente à utilização de meios adequados à resolução de conflitos administrativos pela própria Administração Pública, evitando, assim, a solução desses conflitos pelo Poder Judiciário como único, ou mesmo o principal, caminho necessário para a resolução de conflitos.

Desse modo, será examinada, neste artigo, a viabilidade de aplicação dos meios adequados de resolução de conflitos especificamente nas controvérsias que envolvam o Poder Público, tais como a negociação conciliação, a mediação, a arbitragem e os comitês de prevenção e solução de disputas. A investigação desta viabilidade será feita a partir da análise dos fundamentos constitucionais, identificados no princípio do acesso à justiça, da democracia, da eficiência e da moralidade como cooperação, que amparam a utilização de tais instrumentos para a solução de conflitos administrativos.

Apresentamos, ainda, casos de expressa autorização normativa no plano federal para a incidência dos meios adequados aos litígios envolvendo o Estado, assim como as condições de possibilidade para a realização dessa incidência, especificidades inerentes ao regime de Direito Público de observância obrigatória pelo Poder Público, considerando os princípios informadores da atividade administrativa.

4 Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>, p. 117. Acesso em 4 de maio de 2022.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

É possível apontar para, pelo menos, quatro grandes princípios de estatura constitucional que concorrem em favor da adoção de meios adequados de resolução de conflitos no espaço das relações jurídicas que envolvem o Poder Público.

A Constituição consagra o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), ao exigir a disponibilização de métodos adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados) de resolução de conflitos, princípio que não encerra uma simples garantia de acesso formal ao sistema judicial.

O princípio da eficiência (art. 37, *caput*), por sua vez, modifica a ideia de legalidade adotada no antigo modelo burocrático segundo a qual a legalidade era o parâmetro definitivo acerca da validade de um ato da Administração Pública, restando em segundo plano a efetividade, isto é, o resultado prático de tal ação. O novo modelo de Estado, agora gerencial, deixa de controlar o procedimento legal em favor da qualidade dos resultados efetivamente obtidos pela conduta do Poder Público (MOREIRA NETO, 2005, p. 106).

Além disso, uma sociedade moderna e avançada exige uma população madura e emancipada capaz de participar da resolução de seus conflitos de forma democrática (NAVARRO, 2015, pp. 235). O princípio democrático, previsto no art. 1º da vigente Constituição Federal, é a afirmação do cidadão-administrado como o protagonista político e jurídico do Estado, significando que ao cidadão cumpre não apenas exercer o papel de definir os fins, meios e limites das ações do Poder Público como, principalmente, ser o destinatário imediato dessas ações.

Com efeito, a Administração Pública não está à disposição apenas do interesse unilateral das autoridades públicas, a ela incumbindo, principalmente, o dever de promover as condições necessárias para garantir a liberdade e a igualdade dos cidadãos, facilitando sua participação na vida social, econômica, política e cultural. Nesse sentido, o direito administrativo contemporâneo valoriza a consensualidade, a participação dos administrados e o respeito às suas garantias processuais, permitindo-lhes tomar parte nos processos decisórios públicos (BAPTISTA, 2018, p. 6). A mediação, por exemplo, ajudará a envolver os cidadãos em certos assuntos públicos, sem ignorar que a sua posição pode ser absolutamente a mesma que a sustentada pelo

Estado. A autocomposição com a Administração Pública baseada no diálogo e comunicação pacíficos entre as partes permite tal participação e, através dela, pode ajudar no conhecimento dos direitos, que é o que se espera numa democracia.

Assim, a utilização de técnicas consensuais para dirimir divergências com o Poder Público permitirá, ainda, ao administrado compreender melhor a resolução do conflito, seja ou não favorável, na medida em que ele for levado em conta, que for ouvido, lhe tendo sido fornecida ampla possibilidade de participação.

A nova perspectiva de atuação da Administração Pública deve corresponder, assim, no plano prático, ao dever de efetivo respeito pelo Estado dos direitos dos cidadãos, vale dizer: dever de consideração do ser humano como fim em si mesmo e nunca mero meio para atingir objetivos coletivos ou outros individuais. Por essas razões, o princípio democrático impõe ao Poder Público que procure dialogar com os administrados para encontrar uma solução adequada para os seus conflitos, devendo disponibilizar os mecanismos para a resolução consensual de conflitos, como instrumento de participação cidadã na função pública.

Por fim, serve como fundamento constitucional para a utilização dos meios adequados pelo Poder Público o princípio da moralidade administrativa como cooperação. A cooperação administrativa pode ser dividida em três modalidades: a cooperação interna ou intra-administrativa, que opera no âmbito dos órgãos e entidades públicas; a cooperação interadministrativa, que envolve duas ou mais instituições públicas de uma ou mais esferas da Federação; e a cooperação na relação entre Poder Público e cidadão, pois, assim como o cidadão tem o dever de cooperar com a Administração Pública no exercício de suas funções, às autoridades, aos órgãos e às entidades públicas cumpre auxiliar os cidadãos no exercício de seus direitos e no cumprimento de seus deveres (MARRARA, 2015, p. 116).

A cooperação como trabalho conjunto, ajuda ou suporte operacional, é inerente ao princípio da moralidade administrativa, porquanto sustenta o adequado funcionamento do Estado e promove o respeito mútuo nas relações de natureza jurídico-administrativa. Uma Administração relacional reconhece o diálogo e o equilíbrio no processo de tomada de decisão e na implementação do mesmo (NAVARRO, 2015, pp. 235).

3. PREVISÕES NORMATIVAS NO PLANO FEDERAL

Além dos referidos fundamentos constitucionais, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42, dispositivo incluído pela Lei nº 13.655/2018) expressamente autoriza a celebração de compromissos pela autoridade administrativa com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença. Esta disposição encerra cláusula geral fomentadora da utilização de métodos consensuais pelo Poder Público (CUNHA, 2020, p. 149). De fato, a interpretação dos arts. 26 e 30 da LINDB, em combinação com os arts. 3º e 174 do CPC, impõem o dever de a Administração Pública adotar meios consensuais de solução de disputas (FACCI; MIRANDA NETTO, 2020, p. 149).

Nesta direção, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) já previa, em seu artigo 211, a possibilidade de celebração de ajuste de conduta.

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), ao alterar a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) para incluir o parágrafo 6º ao seu artigo 5º, passou a prever a celebração de “ajustes de conduta” nos temas que podem ser objeto de ação civil pública – meio ambiente, patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ordem econômica, defesa do consumidor, dentre outros. Com efeito, muitos conflitos coletivos “são resolvidos por compromissos de ajustamento de conduta e ou por acordos entabulados em processos judiciais, após ampla negociação entre o Parquet e os particulares envolvidos” (Merçon-Vargas, 2012, pp. 5-6).

Na mesma linha, a legislação de defesa da concorrência (Lei nº 8.884/94), autorizou em seu art. 53 a celebração de compromisso de cessação de conduta para suspender processo administrativo sancionador, modelo adotado também pela nova lei que disciplina o assunto (Lei nº 12.529/2011), cujos artigos 9º, V, e 85 continuam a dispor sobre o compromisso de cessação de conduta lesiva à concorrência.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional também admite procedimento desta natureza no exercício das atividades de fiscalização das instituições de ensino superior (Lei nº 9.394/96, art. 46, §1º; Decreto nº 5.773/06, arts. 47 a 50), ao expressamente conceder prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação.

No âmbito do Direito Ambiental, a Lei nº 9.605/98 (art. 79-A), o Decreto nº 99.274/90 (art. 42) e o Decreto nº 6.514/08 (arts. 139 a 148)

também admitem a celebração de compromisso de ajuste de conduta, na esteira da permissão já contida na Lei da Ação Civil Pública em relação à matéria ambiental.

Assim também, a Consolidação das Leis do Trabalho foi alterada pela Medida Provisória nº 2.164-41/01, a qual acrescentou o art. 627-A e modificou o art. 876, para se prever a possibilidade de celebração de termo de compromisso ou de ajuste de conduta em matéria de saúde e segurança do trabalho. Tais regras foram regulamentadas pelo Decreto nº 4.552/02 (art. 28).

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) também contém, em seu artigo 74, X, previsão de possibilidade de celebração de ajuste de conduta.

Cumpra anotar, por fim, que a legislação de quase todas as agências reguladoras outorga a tais autarquias o poder-dever de dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas etc., de que são exemplos o artigo 3º, V, da Lei nº 9.427, de 1996 (ANEEL), e a Resolução ANEEL nº 333, de 2008; o artigo 19, XVII, da Lei nº 9.472, de 1996 (ANATEL); o artigo 20 da Lei nº 9.478, de 1997 (ANP) e Portaria ANP nº 69/2011, art. 54; a Resolução nº 442/2004 (ANTT); a Resolução nº 987/2008 (ANTAQ); a Lei nº 9.656, de 1998, art. 29, § 1º e Lei nº 9.961, de 2000, art. 4º, XXXIX (ANS); a Lei nº 12.154, de 2009 (PREVIC), art. 2º, VIII; Instruções PREVIC nº 3 e nº 7/2010.

Da mesma forma, vale mencionar que o Código Tributário Nacional admite expressamente a transação como forma de extinção do crédito tributário, de acordo com o seu art. 156, III.

Tais atos normativos, referidos neste tópico apenas exemplificativamente, bem sinalizam que o estímulo à consensualidade tende a espalhar-se por todo o ordenamento jurídico brasileiro (CUNHA, 2020, pp. 894-895).

Por sua vez, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), em seu capítulo segundo, tratou expressamente da autocomposição de conflitos envolvendo pessoa jurídica de Direito Público.

4. OS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E O PODER PÚBLICO

Não configuram obstáculos para a consensualidade na esfera pública os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da

legalidade estrita. Com efeito, sobretudo em cenários de pluralidade de interesses, a tarefa do Estado não se encerra apenas em arbitrar interesses, mas também compô-los, seja entre dois ou mais particulares, seja entre particulares e o Poder Público (PALMA, 2009, p. 132).

Tampouco se pode confundir indisponibilidade de direito com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação, de que era exemplo o artigo 17, parágrafo 1º, da Lei n. 8.429, de 1992, que trata de improbidade administrativa, consubstanciava “o único caso de proibição expressa de transação em nosso ordenamento” (SOUZA, 2012, p. 173). Este dispositivo também foi alterado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, para admitir nas ações de improbidade administrativa a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos da lei.

Desse modo, a indisponibilidade do interesse público não consiste em uma automática indisponibilidade de todos os direitos da Administração, pois a indisponibilidade material é até mesmo excepcional em relação à Administração Pública, ficando restrita àquelas hipóteses nas quais a um bem político se empresta um caráter coletivo, em decorrência, por exemplo, de uma questão ambiental ou cultural. Nos demais casos, existiria apenas disponibilidade condicionada ou puramente normativa (SALLES, 2011, p. 128).

Assim, os atos da Administração Pública não estão excluídos, *a priori*, dos direitos disponíveis sujeitos à transação. Com relação aos interesses indisponíveis, há espaço para parcelas de disponibilidade (GRINOVER, 2006, p. 252), como ocorre, por exemplo, quanto aos direitos ambientais, que, a princípio, seriam indisponíveis, mas os meios escolhidos para a sua preservação podem ser acordados pelas partes (ANTUNES, 2011, p. 107).

Ademais, mesmo que, por hipótese, seja possível definir com precisão sobre a indisponibilidade de direitos considerados em si mesmos, não haveria indisponibilidade quanto ao modo dos mesmos serem regulados (GRECO, 2011, p. 77), nada impedindo, dessa maneira, que os diversos meios de resolução de conflitos sejam empregados para esse propósito.

Neste sentido, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) expressamente dispõe que pode ser objeto de mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação (art. 3º), ressaltando, no entanto, que o consenso das partes envolvendo direitos

indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (§2º do art. 3º).

Neste contexto, a princípio, todos os meios adequados de resolução de conflitos podem perfeitamente ser utilizados pela Administração Pública. Os principais deles serão brevemente abordados a seguir.

4.1. NEGOCIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Nada obsta que a negociação possa ser levada a efeito pelo Poder Público, sendo absolutamente lícito ao Poder Público se utilizar das técnicas de autocomposição para solucionar conflitos intra-administrativos, interadministrativos, ou com os cidadãos administrados, sem intervenção externa, considerando que a principal diferença da negociação direta quanto a outros meios autocompositivos é a inexistência, na negociação, de um terceiro imparcial para a composição da controvérsia.

Trata-se de uma alternativa ao processo judicial tradicional, consubstanciada num procedimento fora do processo judicial para a solução amistosa de conflitos, sem a presidência ou ajuda de uma figura central. Nesta linha, é possível que a solução consensual ocorra no âmbito do próprio processo administrativo, não sendo necessário, obviamente, para que ocorra a transação com o Poder Público, que a divergência tenha sido judicializada.

A negociação é recomendada para as controvérsias em que o Ministério Público estiver legitimado a atuar na defesa de direitos e interesses da sociedade, na forma do art. 129 da Constituição Federal, assim como para a solução de problemas alusivos à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados (DUARTE, 2016, p. 41).

Também se admite plenamente a utilização da conciliação e da mediação pela Administração Pública como um instrumento cuja finalidade é a de alcançar uma resolução consensual da controvérsia (BINENBOJM, 2011, p. 222).

O art. 174 do vigente Código de Processo Civil prevê a criação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios de Câmaras de Mediação e Conciliação voltadas à solução consensual de conflitos no espaço administrativo. Este dispositivo está em harmonia com a Lei de Mediação, cujo artigo 32 preceitua que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia

Pública, onde houver. Este diploma normativo é bem-vindo no ordenamento jurídico brasileiro, pois permite que a Administração Pública solucione controvérsias por meio de mecanismos autocompositivos, reconhecidamente mais efetivos e aceitos pelos participantes do que os heterocompositivos, sobretudo os que se desenvolvem no âmbito do Poder Judiciário.

Em seu primeiro capítulo, a Lei de Mediação tratou da mediação como solução de conflitos entre particulares e o capítulo seguinte versa sobre a autocomposição de controvérsias (incluída aí também a conciliação) em que uma das partes seja o Estado. A escolha tomada pelo referido diploma normativo, desse modo, “não foi implantar claramente a mediação na administração pública mas instituir um conjunto de mecanismos de autocomposição, do qual a mediação é uma espécie que pode ser ou não implantada” (DIAS, 2016), conforme se depreende da leitura dos arts. 32 a 40 do mencionado estatuto legal.

Caso seja utilizada pelo Poder Público, a mediação será atividade transdisciplinar, regida não apenas pelo direito, concepção essencial não apenas do ponto de vista teórico, mas também para a plena realização das possibilidades da mediação, procedimento por meio do qual, sob esta ótica, como aponta Tatiana Heck, permite as seguintes perspectivas quando utilizado no campo administrativo:

- a) Torna possível o tratamento adequado de conflitos administrativos por meio de entendimento construído conjuntamente pelas partes, por meio do consenso, o que leva ao comprometimento das partes com a solução, a qual é obtida por meio de procedimento com duração de tempo razoável e com baixo custo frente ao processo judicial, consistindo em nova maneira de lidar com o conflito. Nesse procedimento, o Estado se aproxima do cidadão, por meio da humanização da administração pública, ao buscar o tratamento de questões administrativas baseado em valores como boa-fé, ética e adequação
- b) Confere e garante a efetividade dos acordos e a sua sustentação perante o ordenamento jurídico, tornando-os consistentes perante os órgãos com competência para homologá-los (autoridade administrativa ou judicial) e perante os órgãos de controle, garantindo a efetividade do instituto da mediação e assim o atingimento do bem comum.
- c) Importa na realização efetiva da democracia, ao promover a emancipação dos envolvidos, que atuam como protagonistas, assumindo assim a responsabilidade pelas soluções de seus próprios problemas (HECK, 2017, p. 311).

A utilização da mediação nos conflitos envolvendo a Administração Pública é uma tendência mundial, se tratando de uma aposta da União Europeia para fortalecer o espaço judicial comum (BENITO, 2010, p. 9). Nesta direção, a mediação foi incorporada no âmbito administrativo pela Recomendação nº 9 de 2001 do Comitê de Ministros dos Estados-Membros sobre meios alternativos de resolução de disputas entre autoridades administrativas e pessoas privadas. Este documento reconhece que pode ocorrer tanto no estágio da demanda perante o juiz, como ser proposto por um juiz ou mesmo imposto pela lei. Como técnica de composição de interesses que envolvam o Poder Público, a mediação oferece, portanto, em nosso tempo, grandes possibilidades de desenvolvimento (RODRÍGUEZ-ARANA, 2011, p. 130; CARBALLO MARTINEZ, 2008, pp. 91-145)

De fato, nada está a impedir que para as controvérsias envolvendo a Administração Pública sejam utilizadas as técnicas empregadas na mediação, tais quais as (i) ferramentas procedimentais: mapeamento do conflito, perguntas reflexivas, identificação das redes de pertinência; as (ii) ferramentas de comunicação: escuta ativa, acolhimento, balanceamento de participação, atenção à linguagem verbal e não-verbal e à colonização dos discursos, resumo; (iii) ferramentas de negociação: separação das pessoas do problema; identificação dos interesses sob as posições, articulação das necessidade e possibilidade em dupla mão, provocação das reflexões sobre custos e benefícios, trabalho com critérios objetivos (ALMEIDA, 2014, *passim*), de forma a restabelecer a comunicação entre as partes e a compor adequadamente o conflito havido no espaço das relações com a Administração Pública. A mediação, neste caso, não será semelhante a que ocorre, por exemplo, na mediação comunitária ou nos conflitos de família, podendo-se dizer que a mediação (e assim também outros métodos consensuais de resolução de controvérsias) se conformará de acordo com o espaço, com o contexto, no qual os atores estão inseridos e/ou conforme os objetivos buscados em sua prática. Neste caminho, observa Michele Taruffo:

Lo que hay que destacar es que, por un lado, no se trata de una única cultura, sino de varias culturas de la mediación y que – por otro lado – no existe un único concepto de mediación. Naturalmente, cuando se habla de cultura de la mediación se hace referencia a algo más y a algo diferente de la simple ‘moda’ de la mediación que se ha generalizado desde hace algún tiempo en Italia y que con frecuencia se confunde con una cultura (TARUFFO, 2009, p. 141)

Em nosso país, a Lei de Mediação fixou regras gerais sobre a Câmara de mediação administrativa, deixando que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios complementassem as normas segundo suas peculiaridades regionais e locais. Quanto aos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal, no entanto, o aludido diploma legal previu regras mais detalhadas, a partir do seu art. 32.

O art. 37 da Lei de Mediação expressamente faculta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito. Atualmente, o órgão da Advocacia-Geral da União com essa finalidade é a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. A regra do art. 37, contudo, não se aplicará às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência, conforme consta do inciso II do art. 38 da Lei de Mediação.

O art. 36 é categórico ao determinar que a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial dos conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União, e não havendo acordo, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação pertinente. Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá, nos termos do art. 39 da Lei de Mediação, ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

4.2. ARBITRAGEM

O §1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem, com redação que lhe conferiu a Lei nº 13.129/2015, prevê expressamente que a

Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Alexandre Santos de Aragão destaca a possibilidade (e mesmo a conveniência, já que esta solução promove a segurança das relações jurídicas) de se densificar, através de atos normativos regulamentares ou dos próprios contratos, o que se compreende por direitos patrimoniais disponíveis para fins de fixação dos temas que podem ou não ser apreciados em arbitragens envolvendo o Estado. Para o citado administrativista, deve ser perquirido se este poder, esta prerrogativa ou esta sanção é aplicável ao particular apenas em razão da celebração do contrato com a Administração Pública. Para todas as cláusulas em que a resposta for afirmativa, poderão as partes prever a arbitragem (ARAGÃO, 2017, p. 54).

O §2º do art. 1º da Lei de Arbitragem deixa claro que a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

O tema alusivo à possibilidade da Administração Pública se utilizar da arbitragem já suscitou grandes debates. Selma Lemes assinala que Rui Barbosa e Mendes Pimentel já haviam analisado, há quase um século, a competência da Administração Pública brasileira para firmar cláusula compromissória (LEMES, 2007, p. 273). Ainda no ano de 1956, Themístocles Cavalcanti já se referia ao tema, o qual permanecia bastante tormentoso para a doutrina (CAVALCANTI, 1956, p. 517).

A arbitragem pela Administração Pública já era admitida em diversos diplomas legais específicos, tais como a Lei nº 8.987/95 (art. 23-A), a Lei nº 9.478/97 (art. 43), a Lei nº 10.233/01 (art. 35), e a Lei nº 11.079/04 (art. 11), que regulamentam o regime de concessão e permissões, bem como a licitação e contratação de parceria público-privada pela Administração Pública. As alterações introduzidas pela Lei nº 13.129/15, dessa forma, além de consolidar os entendimentos já pacificados na jurisprudência, estão em sintonia com o ordenamento jurídico pátrio, que já autorizava a utilização de arbitragem pela Administração Pública. Este diploma normativo impõe duas restrições quanto à utilização da arbitragem pelo Poder Público, considerando as especificidades inerentes à atividade administrativa: conforme o §3º do art. 2º da nova redação da Lei nº 9.307/96, a arbitragem que envolva a Administração Pública deverá respeitar o princípio da publicidade e será sempre de direito. Todavia, como ressaltam Marcelo Bonizzi e Bruno Megna, “se por hipótese existir algum ‘juízo de equidade’ que envolva o Estado, este só será nulo se contra legem, mas não se a

decisão proferida estiver em plena conformidade com a lei” (BONIZZII; MEGNA, 2018, p. 610).

Cumpre, ainda, registrara que condenações pecuniárias impostas ao Poder Público por uma sentença arbitral deve resultar na expedição de precatório, em obediência ao art. 100 da Constituição Federal, “regra que não pode ser afastada, ainda que se trate de arbitragem” (CUNHA, 2020, p. 911).

Atualmente, o entendimento majoritário é no sentido de que a utilização da arbitragem pelo Poder Público, além de expressamente autorizada por lei, é recomendável, pois, valoriza o interesse público (GRAU, 2002, p. 50), considerando a celeridade do procedimento e, ainda, conforme ressaltado por Carlos Alberto de Salles, que “a adoção de mecanismos eficientes de solução das controvérsias é tendente a reduzir o custo total dos contratos, pois reduz os riscos contratuais associados às perdas decorrentes de eventual litigância em juízo” (SALLES, 2011. p. 127).

4.3. DISPUTE BOARDS

No plano federal, tramita no Congresso Nacional projeto de lei que versa sobre os Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas em contratos celebrados pelo Poder Público. Trata-se do Projeto de Lei nº 2.421/2021, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados⁵, e que teve como origem o Projeto de Lei do Senado Federal nº 206/2018, de autoria do Senador Antonio Anastasia. O PL ora em discussão cuida de uma instância específica de resolução de conflitos: Comitês criados para a Resolução de Disputas em determinado contrato administrativo.

Além das práticas observadas no direito comparado, notadamente nos EUA, a justificação do PL refere à experiência recente do Município de São Paulo (Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, regulamentada este ano pelo Decreto nº 60.067). No plano federal, a recente Lei nº 14.133, promulgada neste ano de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), faz expressa referência ao comitê de resolução de disputas no art. 151, exatamente no capítulo relativo aos “meios alternativos de

5 O mencionado PL foi recebido em 12 de julho de 2022 pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), com o PL 9883/2018, que também cuida do mesmo tema, apensado. Em 11 de novembro de 2022, foi realizada audiência pública na referida Comissão, cujos debates constam disponíveis para livre consulta em <https://edemocracia.camara.leg.br/audiencias/sala/2443>. Atualmente, o PL encontra-se aguardando o parecer do relator na CTASP, Deputado Kim Kataguiri, segundo informações disponíveis em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2289398>. Acesso em: 27 jan. 2022.

resolução de controvérsias” envolvendo o Poder Público. O projeto de lei em discussão no Congresso Nacional se insere, assim, num contexto de crescente estímulo legislativo pela utilização dos chamados meios adequados de resolução de conflitos, mecanismos que permitem a obtenção da resolução de um conflito à margem da via jurisdicional (CABRAL, 2013, p. 35).

5. ESPECIFICIDADES

As peculiaridades decorrentes do regime jurídico de Direito Público impõem certas limitações ao poder do Estado de transigir no espaço das relações jurídico-administrativas, tais como a isonomia e a publicidade dos atos administrativos, e a observância à regra constitucional do uso de precatórios para o pagamento de dívidas da Fazenda Pública.

O princípio da isonomia determina ao Poder Público igual tratamento a situações iguais, não sendo lícito à Administração Pública agir de outra forma quando presentes os mesmos elementos fáticos ou em situações jurídicas que contenham a mesma *ratio* (PÉREZ, 1983, p. 122). Nessa pauta, pode-se afirmar que o princípio da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88), como projeção da isonomia, também se encarta como fundamento normativo para a aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações de Direito Público, que deve ser observado ainda que na esfera dos meios consensuais de resolução de conflitos administrativos (FERREIRA, 2017, p. 124).

Desse modo, ao entabular um acordo, o Estado estabelece um precedente administrativo, sendo certo que, do mesmo modo que a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, também não se admite que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor das interpretações jurídicas variáveis no tempo, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica (PIETRO, 2001, p. 85).

A previsão de certeza não é garantida apenas pelo princípio da legalidade, isto é, pela previsão abstrata e objetiva da lei, devendo ser levada também em consideração a dimensão subjetiva, extraída das expectativas legítimas resultantes da interpretação conferida à norma ao longo do tempo na sua aplicação pelo Poder Público aos casos concretos (RIBEIRO, 2009, p. 849).

Sendo assim, antes de firmar um determinado acordo, deve o Poder Público analisar se o conflito em questão configura uma situação

única ou, potencialmente, um conflito de interesse de outras pessoas, devendo examinar se o cumprimento do acordo será viável, técnica e financeiramente, em outros casos repetitivos.

Além disso, embora a desigualdade nas relações de poder nos casos em que o conflito envolve o Poder Público e um indivíduo seja um fato inegável, não se trata, contudo, de um óbice incontornável para a consensualidade na esfera pública. Se é verdade que a desigualdade pode tornar inadequada à negociação direta entre as partes, é possível e até mesmo recomendável a utilização, por exemplo, da mediação, que é a negociação facilitada por um terceiro, o qual procurará amenizar a desigualdade entre os envolvidos no conflito. Neste sentido, assevera Fabiana Marion Spengler:

A tão aclamada imparcialidade do mediador deve ser revista levando em consideração que o conflito é, normalmente, a consequência de um desequilíbrio, de uma desigualdade. Nesses termos, o mediador tem como função principal o reforço da parte frágil do conflito, reequilibrando, de forma ecológica, a posição dos conflitantes. Assim, se o mediador se arroga poderes de reequilibrar as desigualdades, de reforçar as posições mais frágeis, de conter e redimensionar as pretensões do mais forte, – o requisito da imparcialidade se dissolve no reconhecimento de uma autoridade discricional, *se non di un vero e proprio arbitrio*. O risco talvez seja a degeneração da função de mediador quando exercida por pessoa pouco capacitada que desenvolva sua função com prevaricação. No entanto, o verdadeiro antídoto reside no princípio do consenso que liga o mediador às partes e, na falta de atributos jurídicos, se legitima por aqueles que lhes vêm reconhecidos pelas próprias partes (SPENGLER, 2011, pp. 319-320).

O Estado ocupa um papel privilegiado, não podendo ser ignorado que a Administração Pública é atendida por um corpo de funcionários, muitos deles especializados, que conhecem o procedimento, têm uma experiência muito maior do que qualquer administrado, cabendo ao mediador, portanto, encontrar o modo adequado para aliviar essas diferenças durante o procedimento de mediação, embora o ideal é que se venha a ter uma Administração Pública transparente em que o cidadão possa confiar em sua gestão aberta ao diálogo (NAVARRO, 2015, p. 212).

Visando preservar o princípio da igualdade, o parágrafo único do artigo 190 do CPC, por exemplo, restringe a possibilidade de celebração

dos negócios jurídicos processuais, ao determinar que ao juiz cumprirá, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Na mesma direção, o artigo 7º do CPC assegura às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Assim, cabe ao juiz assegurar não somente a mera igualdade de tratamento, mas que haja equilíbrio concreto nas relações entre as partes, proporcionando, com isso, que se alcance a efetiva tutela dos direitos.

Registre-se que o fato de haver convenção desfavorável a uma das partes, não necessariamente significará que essa convenção não deverá ser aplicada. Assim, se a escolha foi realizada validamente, embora venha a se verificar ter sido uma má escolha do ponto de visto estratégico para uma das partes, isso não resultará necessariamente na sua desconsideração, pois a igualdade que deve ser tutelada é a do momento do conhecimento dos riscos inerentes aos negócios e da sua lavratura, não a igualdade após a tomada da escolha. Ora, se as partes podem optar por não desempenhar certas posições processuais durante o processo, do mesmo modo podem abdicar de tais posições por meio de negócios processuais, não significando isso nenhuma afronta a direitos fundamentais processuais (ABREU, 2015, pp. 210-11).

O princípio da publicidade também encerra uma peculiaridade quanto aos meios adequados de resolução de conflitos pelo Poder Público. Esse princípio consta consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, devendo ser observado, portanto, pela Administração Pública, direta e indireta, dos três Poderes, alcançando todos os níveis federativos. Sobre o tema, assinala Gustavo Binenbojm:

Como se sabe, requisito inerente ao Estado Democrático de Direito é que os atos, despachos, programas e ações do Poder Público sejam conhecidos pela cidadania. Chega a ser um lugar comum afirmar-se que a democracia é o regime do *poder visível*, em oposição aos regimes totalitários, nos quais a regra é o *segredo de Estado* e o controle da informação como um dado oficial. Ao discorrer sobre a democracia e o poder invisível, Norberto caracteriza a democracia como o governo do poder público, em público.

A publicidade é, assim, instrumento essencial do regime democrático, a fim de que o povo possa acompanhar *pari passu* o desenvolvimento das atividades administrativas, seja para a defesa de interesses individuais (*uti singuli*), seja para a promoção de interesses públicos (*uti universi*). A publicidade constitui, ainda, pressuposto necessário da transparência administrativa, visto que o trato da coisa pública não pode ser secreto, reservado, acessível apenas a determinados grupos hegemônicos (BINENBOJM, 2008, p. 627).

O princípio da publicidade impede ou, quando muito, limita a confidencialidade, muitas vezes essencial ao desenvolvimento da mediação. Em relação à conciliação e à mediação, o Código de Processo Civil é expresso em afirmar que a confidencialidade se estende a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes (§1º do art. 166, CPC). A confidencialidade é, assim, a regra na mediação: toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada nem sequer em processo arbitral ou judicial.

Desse modo, declarações, opiniões, propostas formuladas por uma parte à outra; reconhecimento ou confissão de algum fato por qualquer das partes; documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação, constituem exemplos de informações da mediação que não podem ser reveladas (§1º do art. 30 da Lei de Mediação), cabendo ao mediador alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento (art. 14 da Lei de Mediação).

As informações relacionadas com a mediação poderão ser reveladas, contudo, se as partes expressamente concordarem; se a lei exigir sua divulgação; se a sua divulgação for necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação (art. 30, *caput*, Lei de Mediação); ou se for uma informação relacionada com a ocorrência de um crime de ação pública (§3º do art. 30 da Lei de Mediação).

O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação (§1º do art. 30 da Lei de Mediação). Em suma, aplica-se a todos os que participaram, de algum modo, da mediação.

Algumas reuniões ocorrerão com o mediador e as partes e, em outras oportunidades, o mediador se reunirá apenas com uma das partes

através de sessões privadas. O art. 31 da Lei de Mediação determina que é confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la à outra parte, exceto se expressamente autorizado.

Considerando a observância da publicidade pelo Poder Público, ainda que se reconheça a confidencialidade das sessões privadas, não se pode admitir, contudo, a ideia de confidencialidade para as sessões conjuntas de mediação, pois para a atividade da Administração Pública, a publicidade é a regra. Nestes casos, a confidencialidade será, portanto, excepcional e, por isso mesmo, deverá ser juridicamente justificada. Pois, conforme assevera Thiago Marrara:

o princípio da publicidade somado ao da moralidade dá origem ao que Edwin Czerwick batizou de função da comunicação administrativa. Em um Estado democrático, esta função consiste na informação e orientação do cidadão pelo Poder Público no intuito de permitir o exercício de direitos e estimular o cumprimento de deveres perante o Estado (MARRARA, 2016, p. 118).

Quanto à aplicação da regra do sigilo dos documentos que constam dos autos do processo de conciliação e de mediação, a Constituição Federal, no inciso XXXIII do seu art. 5º, expressamente assegura a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O *caput* art. 37 do texto constitucional erige, dentre outros, a publicidade como princípio a ser observado pela Administração Pública, dispositivo que se harmoniza com o direito fundamental de informação a ser prestada pelo Poder Público, sendo que o inciso II do §3º do referido art. 37, CRFB/88, determina que serão disciplinadas através de lei as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, devendo regular especialmente o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.

Em cumprimento ao citado comando constitucional, foi publicada a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a qual se destina a assegurar o direito fundamental de acesso à informação, a ser realizado em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública e de acordo com algumas diretrizes, dentre elas a observância

da publicidade como preceito geral e do sigilo como sua exceção (inciso I do art. 3º).

A Lei de Acesso à Informação determina no §2º do seu art. 7º que, quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

O Decreto nº 7.724/12 regulamentou a Lei de Acesso à Informação no âmbito do Poder Executivo Federal, tendo disposto sobre os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso, observados graus e prazo de sigilo. O art. 3º do referido Decreto define informação sigilosa como a informação submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado, e aquelas abrangidas pelas demais hipóteses legais de sigilo.

Sendo assim, como regra geral, as conciliações e mediações envolvendo o Poder Público não serão alcançadas pelo dever de confidencialidade, de forma a ser observado o princípio constitucional da publicidade administrativa. Exceções, todavia, podem ocorrer e deverão ser juridicamente justificadas como, por exemplo, nos casos em que a própria Lei de Acesso à Informação resguarda o sigilo de informações que violem o respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 31, *caput*), que envolvam segredos industriais, representem riscos à soberania nacional, ou ponham em risco a vida, a segurança ou a saúde da população etc. (art. 23) (PEIXOTO, 2016, p. 353). Nestes casos, o sigilo deverá ser observado, respeitando-se, assim, o dever de confidencialidade na conciliação e na mediação de conflitos, ainda que o Estado deles faça parte.

Outra especificidade referente aos consensos firmados pelo Poder Público diz respeito à regra da obrigatoriedade de pagamento por precatório, nos termos do art. 100, CRFB/88. Tal exigência subsiste nos casos em que os valores a serem pagos sejam resultantes de acordos firmados e homologados em juízo. Se o acordo ou transação for realizado na via administrativa, seu pagamento não se submete ao regime diferenciado.

Com efeito, a exigência de respeito à regra constitucional do pagamento pelo Poder Público através do precatório, ainda que para cumprir solução consensual alcançada em juízo, tem relação direta com a observância à isonomia no espaço das relações entabuladas com o Estado,

estando vedado ao Estado, como regra, discriminar casos semelhantes e cumprir o acordo em alguns, revendo a sua posição, e em outros agindo de forma diversa, relegando estes últimos à execução contra a Fazenda Pública e, desse modo, à espera do pagamento pela via do precatório.

CONCLUSÃO

Diversas técnicas estão à disposição dos interessados para a resolução dos seus conflitos sem a necessidade da solução estatal através da imposição de uma sentença. Os meios adequados de solução de controvérsias não são *numerus clausus*, e, assim, não compõem um sistema fechado, devendo ser admitidos outros instrumentos e técnicas para a resolução de controvérsias.

Além disso, nenhuma dessas técnicas pode ser considerada em si mesma melhor ou pior do que as outras: é preciso verificar a sua adequação a cada tipo de controvérsia apresentada. Será, assim, a partir da verificação da natureza do conflito que se poderá concluir qual o método mais apropriado para a sua resolução.

A utilização de métodos adequados para a resolução nos conflitos envolvendo a Administração Pública é uma tendência mundial, se tratando de uma aposta da União Europeia para fortalecer o espaço judicial comum. No Brasil, o ordenamento jurídico não apenas autoriza como estimula a aplicação destes métodos a conflitos administrativos, de que são exemplos a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem e os *dispute boards*.

As peculiaridades decorrentes do regime jurídico de Direito Público impõem, contudo, certas limitações ao poder do Estado de transigir no espaço das relações jurídico-administrativas, tais como a isonomia e a publicidade dos atos administrativos, e a observância à regra constitucional do uso de precatórios para o pagamento de dívidas da Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. “A igualdade e os negócios processuais”. In: CABRAL, Antônio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ALMEIDA, Tânia. *Caixa de ferramentas em mediação – aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 30, Ano 8, jul-set./2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*, v. 16, nº 3, Brasília-DF, jul./set. 2017.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Consensualidade e justo preço nas desapropriações: novos parâmetros à luz do direito administrativo contemporâneo*. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-20-AUTORA-PATR%C3%8DIA-FERREIRA-BAPTISTA.pdf>>. Acesso em 6 de julho de 2018.

BENITO, Maria Jesús E. Fernández de. La mediación intrajudicial. *Revista Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo – CGPJ*, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./dez. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; MEGNA, Bruno Lopes. “Da ‘arbitragem de direito’ no âmbito da administração pública. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

CARBALLO MARTINEZ. Gerardo. *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles. Concessão de serviço público. Encampação. Juízo arbitral. *Revista de Direito Administrativo* nº 45, julho/setembro de 1956.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, ano 2016, nº 151. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em 21 de setembro de 2016.

DUARTE, Márcia Michele Garcia. Dano ambiental: *caracterização e efetividade das medidas adequadas e desjudicializadoras de solução de conflitos*. Amazon's Research and Environmental Law – AREL FAAR, Ariquemes, RO, v. 4, n. 2, p. 26-47, mai. 2016.

FACCI, Lucio Picanço; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. “Anotações ao art. 174, CPC”. In: SARRO, Luís Antônio Giampaolo; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). Código de Processo Civil anotado e comentado. São Paulo: Rideel, 2020.

FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público. O que mudou depois da Lei de Mediação? *Publicações da Escola da AGU*, ano 9, nº 4 – O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões práticas e controvertidas. Brasília/DF,out./dez. 2017..

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. São Paulo: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Volume 3. Número 2, julho/dezembro 2002.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 136, junho de 2006.

HECK, Tatiana de Marsillac Linn. Perspectivas e desafios da mediação na Administração Pública. *Publicações da Escola da AGU*, ano 9, nº 4 – O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões práticas e controvertidas. Brasília/DF,out./dez. 2017.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. São Paulo: *Revista Digital de Direito Administrativo* vol. 3, n. 1, dezembro/2015. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/108986>. Acesso em 24/01/2016.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais (dissertação de mestrado defendida no programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo)*, 2012. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032013-091823/publico/Dissertacao_VF_Sarah_Mercon_Vargas.pdf. Acesso em 18/11/2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NAVARRO, María Avilés. *La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo: evolución hacia una nueva realidad*. Instituto de Justicia y Litigación “Alonso Martínez” – Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*, Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009.

PEIXOTO, Ravi. “*Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo Poder Público*”. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Juspodvm, 2016.

PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. “*O princípio da proteção à confiança legítima no Direito Tributário*”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. La mediación en el derecho administrativo. *Revista de Derecho Público*, nº 74, Universidad de Chile, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos. *Negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. O tempo do processo e o tempo da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP – Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*, vol. VIII, nº 8, 2011.

TARUFFO, Michele. *Paginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

RECEBIDO EM: 03/11/2020
APROVADO EM: 31/01/2021

A ERA VARGAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

*THE VARGAS ERA AND ITS CONSEQUENCES IN BRASILIAN
ADMINISTRATIVE LAW*

Mauricio Mesurini da Costa¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Advertência metodológica. 2. A “Revolução liberal” de 1930. 3. O “*Estado de compromisso*” (modelo corporativo). 4. Técnicas administrativas de intervenção e controle da economia. 5. A tentativa de implantação de um modelo burocrático. Conclusão. Referências.

1 Graduado em Direito, mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutor em história do Direito Público na mesma universidade.

RESUMO: O direito administrativo, quando “importado” para o Brasil, passou por uma releitura no período Imperial sendo reformulado enquanto instrumento legitimador da posição política do monarca como fonte e fundamento do poder político nacional – uma função constitucional soberana ao invés de uma função tipicamente administrativa como em sua origem européia (Guandalini). Partindo dessa perspectiva é relevante estudar quais mutações o direito administrativo atravessou em outras etapas da história nacional, nomeadamente em face das transformações econômicas e políticas nos períodos subsequentes. Nesse sentido, é preciso analisar de que maneira as transformações ocorridas nas décadas de 30-40 do século XX provocaram mudanças no perfil do direito administrativo brasileiro. Mesmo mantidos alguns resquícios de uma função política legitimadora da atuação do governante – agora, fundador de uma ordem capitalista industrial e “científica” -, a partir da década de 30 o direito administrativo brasileiro, sem ter necessariamente a Constituição como referência, passou a ter como objeto principal a construção de uma nova estatalidade burocrática nacional, bem como a concepção de mecanismos jurídicos que possibilitassem uma maior intervenção estatal com o fim de regular a vida urbana e econômica. Nesse cenário verifica-se uma reestruturação orgânica da Administração Pública com a adequação ou a criação de novas instituições estatais ou paraestatais, muitas delas importadas e ressignificadas. Além de sua função puramente administrativa, tais estruturas tinham como propósito absorver e arbitrar os diferentes interesses setoriais presentes à época, que passaram aos poucos a serem compreendidos como interesses do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Direito Constitucional. Estado Novo. Regulação econômica. Burocracia estatal.

ABSTRACT: The administrative law, when imported to Brazil had gone through a reinterpretation during the imperial period, being reformulated as a legitimating instrument of the political position of the king, while foundation of the national political power – a constitutional sovereign function, instead of a typically administrative function, like in its European origination (Guandalini). Starting from this perspective it is necessary to study which transformations the administrative law had ran through along the other times of national history, especially in face of the economic and political changings in the further periods. Accordingly, it is important to analyze the way transformations happened during the 30s and 40s of the 20th century causing changings all over the brazilian administrative law’s profile and which were the impacts provoked by those changings. Nevertheless the keeping of traces of a legitimizing function

now founding a capitalist industrial order and also “scientific”, from the decade of 30’s the brazilian administrative law not having a Constitution as reference of a national developmental project begins to have as a principal object the construction of national statal bureaucracy aiming to regulate economic and urban life with the adequacy and creation of new statal and parastatal institutions, that had also as purpose absorbing and arbitrating different social interests which were interpreted as interests of the state.

KEYWORDS: Administrative law. Constitutional law. New state. Economic regulation. State bureaucracy.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral do trabalho é analisar em que medida as transformações políticas, econômicas e sociais ocorridas no Brasil no período de 1930-45 afetaram o direito administrativo. A hipótese sugerida é que esse ramo do direito público, além de ter uma função técnica administrativa, acabou assumindo um viés político e econômico, substituindo o direito constitucional enquanto disciplina legitimadora do poder, bem como readaptando conceitos e criando instituições que capacitaram o Estado a uma mais intensa - não necessariamente inédita - intervenção na esfera econômica. O presente trabalho se reservará a algumas transformações administrativas ocorridas no período, notadamente aquelas envolvendo a estrutura do Estado.²

É importante registrar que à época não existia uma diferenciação nítida entre esses dois ramos do direito. É possível encontrar obras de direito constitucional abordando temas de direito administrativo e vice-e-versa. Igualmente, é possível verificar uma sobreposição desses temas em obras de Teoria do Estado, o que permaneceu nas décadas seguintes.³ Os livros de constitucional/administrativo em regra começavam com capítulos sobre ciência política ou teoria do Estado e ainda hoje é problemática a rigorosa separação entre direito constitucional e administrativo.

Não obstante a manutenção de alguns resquícios de uma função legitimadora da atuação do governante⁴, mas agora fundador de uma ordem industrial “científica”, a partir da década de 30 o direito administrativo brasileiro,

2 Para uma visão panorâmica sobre os autores e principais temas do direito administrativo no período, apesar de uma metodologia histórica contínua e progressista, vide MENEZES DE ALMEIDA, 2015.

3 Vide, por exemplo, CAVALCANTI, 958.

4 Sobre a recepção do direito administrativo no Brasil mais como instrumento político de legitimação do príncipe do que em sua concepção administrativa, vide GUANDALINI, 2011.

sem necessariamente ter a Constituição como referência do projeto nacional-desenvolvimentista, passa a ter como objeto principal a construção da estatalidade burocrática nacional com o fim de regular⁵ a vida urbana e econômica absorvendo e arbitrando os diferentes interesses sociais presentes à época, que passaram a ser compreendidos como interesses do Estado. Registre-se que a intervenção estatal não é uma marca original da década de 30. Enquanto técnica - logo, indiferente aos seus fins (Francisco Campos) - ela apenas foi remanejada aos objetivos da época.⁶ Dessa forma, o direito administrativo passou a sorver o direito constitucional definindo os principais contornos de um Estado desenvolvimentista conduzido a partir do Poder Executivo, em um contexto de formação das bases de um Estado nacional capitalista.⁷

Conforme Codato, o período tem que ser analisado além da perspectiva reducionista de um governo conduzido “messianicamente” pelo líder carismático Getúlio Vargas. Certamente que a figura carismática de Vargas foi importante para romper com os laços tradicionais da República Velha frente ao imaginário social, mas a construção do projeto de Estado no pós-30 contou com uma complexa estrutura administrativa.⁸ É justamente nesse ponto que reside a problemática deste trabalho, tendo em vista que a criação ou acomodação de

5 Em termos *foucaultianos* é possível sugerir que a partir desta época o direito administrativo será enfatizado, mesmo que numa perspectiva embrionária, como um ramo de normalização biopolítica. Conforme Fonseca: *“De outro lado, há a biopolítica. Trata-se de uma nova forma de poder que aparece na segunda metade do século XVIII que não exclui o poder disciplinar, mas o embute, integra-o, modificando-o parcialmente. Aqui se nota, segundo Foucault, um deslocamento histórico importante no modo como se trata o poder: enquanto até o século XVIII (quando aparece a forma de normalização biopolítica) o poder soberano tinha um ‘poder de morte’, ou seja, o poder de negar, barrar, destruir ou eliminar, a partir daquele século se verifica um poder destinado a produzir forcas, fazê-las crescer e ordená-las. [...] Ele não é individualizante como a disciplina uma vez que se dirige as populações. [...] a biopolítica esta visando uma serie de problemas econômicos e políticos de ‘massa’ que a partir de então passa a ser objeto de controle”*. FONSECA, 2005, p. 109-128.

6 A intervenção estatal na vida urbana não é uma novidade da década de 30. Em décadas anteriores, na Primeira República, o direito administrativo já tinha sido instrumentalizado com vistas a uma “intervenção segregadora” - destacadamente na cidade do Rio de Janeiro, em nome da “saúde pública”, dos “ideias estéticos” e da “ordem pública” -, fornecendo base jurídica à destruição de cortiços e expulsão de pessoas “indesejáveis” do centro da cidade, fazendo que elas se refugassem em localidades mais distantes e muitas vezes com pouca viabilidade, tais como morros, vales inundáveis, mangues, margens de ferrovias, etc. Naquele cenário, muitos conceitos ambíguos, entres eles a “higiene”, foram usados para justificar medidas discriminatórias em nome do “interesse geral”. Tal política segregacionista não afetou apenas o direito administrativo, mas também o processual. O receio de que houvesse um “bloqueio” judicial às medidas administrativas levou à criação de um sistema judicial paralelo, especializado em “ações de saúde pública” e o juiz de primeira instância podia ser livremente escolhido (SEELANDER, 2020).

7 DRAIBE, 2004.

8 CODATO, 2008.

novas instituições administrativas muitas vezes passou por uma formatação jurídica e tal função tendeu a desembocar no direito administrativo.

Novas instituições foram criadas ou mesmo readequadas às contingências da época e o centro de gravidade dessa reestruturação - pelo menos em teoria - era o Poder Executivo e a Administração Pública (burocracia).

1. ADVERTÊNCIA METODOLÓGICA

Convém registrar que esse trabalho não procura sacrificar um “passado inferiorizado” no altar de um presente “moderno” supostamente melhor. Ou seja, não se almeja festejar o atual Estado Democrático de Direito condenando o modelo político edificado e pensado a partir da década de 30, tampouco usar desse período para justificar institutos e práticas políticas e administrativas do presente.

A historiografia jurídica deve sair em busca dos sentidos originais e promover uma leitura atenta das fontes. O trabalho historiográfico se transforma em um exercício hermenêutico a fim de reencontrar o passado, recuperar a estranheza e não a familiaridade. O historiador tem que se pautar pela autonomia do passado, desconfiar das aparentes continuidades e resgatar a estranheza (HESPANHA, 2005, p. 69-70).

É necessária a tomada de consciência de que o historiador está submisso ao presente, encontrando-se imerso na sua realidade e sujeito a (pré)juízos de toda ordem. Portanto, a história é criada a partir dos olhos do historiador, o que torna difícil um conhecimento histórico “puramente” objetivo, se é que isso é possível. Conforme Prieto Costa, a atividade do historiador possui uma dimensão hermenêutica.

A historiografia, portanto, não é a descrição de coisas ou estado de coisas, mas atribuição de sentido; portanto, interpretação. [...] Não toda interpretação é historiografia, mas toda operação historiográfica, como decifração de textos, testemunhos, sinais, como reconstrução de um ‘sentido’, é interpretação. [...] O intérprete, o historiador, não ‘encontra’, portanto, os significados do texto, mas ‘inventa’ significados através do texto, atribui aos textos sentidos diversos. [...] Se a historiografia é interpretação, o lugar da subjetividade do historiador no processo cognoscitivo não é mais minimizado ou dissimulado a favor de uma exageradamente fácil e imediata ‘objetividade’ do resultado hermenêutico, mas é reconhecido na sua insubstituibilidade e fecundidade (COSTA, 2010, p. 21; 22).

Igualmente, é preciso pré-compreender a história como um processo não linear e contínuo, mas marcado por rupturas. O historiador deve respeitar a autonomia da história e tentar libertá-la do presente por meio de uma postura deferente à sua racionalidade própria, pois os interesses, expectativas e valores de outrora muitas vezes eram diferentes daquele “ponto histórico de observação” que o historiador se localiza. O agora não é melhor nem pior que o ontem, pois cada época é feita de luzes e trevas. Conforme Hespanha, o Direito pode ter uma continuidade textual, mas jamais semântica (2005, p. 21-34). Tanto o historiador do direito como o jurista voltam seus olhares para a história. Ocorre que enquanto o segundo vê a história como um instrumento para se resolver e/ou justificar situações do presente (passado como *meio*), o primeiro deve ver a história em sua individualidade (passado como *fim*). O historiador do direito “se move do presente para compreender o passado: o presente é o estímulo e o instrumento, e o passado é o fim das suas estratégias heurísticas” (COSTA, 2010, p. 65).

Conforme Costa, “*os mundos desaparecidos são irrecuperáveis*”, por isso o historiador jamais vai conseguir uma representação indiscutível e total da realidade passada, mas apenas uma reconstrução parcial e hipotética, condicionada pelo presente. O grande desafio da historiografia é, portanto, compreender o passado na sua densidade e originalidade na medida em que o sujeito está imerso no presente, que representa o observatório do historiador e lhe impõe um dado ponto de vista já que lhe fornece os instrumentos para olhar e interpretar o passado (2010, p. 75).⁹

9 O presente, enquanto ponto de observação do passado, também foi destacado por Michael Stolleis, em especial quando trabalhamos com história dos conceitos (*Begriffsgeschichte*). “*La Historia del Derecho se cultiva, en cualquier caso, en la actualidad, y no puede abandonar el horizonte actual de investigaciones e interesse. El hecho de que preguntemos al pasado desde el presente no supone ninguna impureza en la motivación. No podríamos hacer otra cosa. Sólo que, cuando nos adentramos en el pasado y nos familiarizamos con sus fuentes, la crítica de las fuentes y la autocritica debe defendernos de introducir falsas actualizaciones y de malinterpretar lo desconocido por haberlo identificado precipitadamente con lo conocido. De hecho, hemos de disponernos a observar el lenguaje jurídico de tiempos remotos justamente como si de momento no lo comprendiéramos, como si solo a partir del uso en su contexto originario pudiéramos desentranar lo que la palabra ‘significa’*” (2009, p. 26). Quanto a história dos conceitos, Stolleis realça que a importância dos conceitos, para a historiografia jurídica, é mais pelas suas ambiguidades e disputas subjacentes do que pela sua certeza ou precisão teórica. Por fim, partindo do pressuposto que o interesse geral do historiador é decrever e compreender o “funcionamento” de ordenamentos jurídicos do passado, na esteira de Helmut Coing, Stolleis enumera cinco posturas metodológicas. A primeira seria a busca de fontes correspondentes à ideias do tempo passado, sobretudo aquelas que foram influentes. A segunda é a inserção de tais fontes no horizonte cultural em que elas surgiram. A terceira seria evitar as interpretações anacrônicas. A quarta consiste na interpretação das fontes à luz do contexto “espiritual” que surgiram, sobretudo entendê-las como soluções aos problemas locais lançados em um dado momento histórico. Por fim, verificar o uso das fontes pelos juristas e práticos da época, bem como o modo que as instituições lidavam com elas (2009, p. 28).

A partir dessas posturas metodológicas o período histórico definido nesta pesquisa (1930-45) será interpretado como um momento de grandes transformações no Brasil, que por sua vez influenciaram a construção de um determinado modelo de estatalidade, transformações essas que deflagraram um processo de contínuas alterações no direito público, em especial no direito administrativo e nas instituições políticas e administrativas do nosso país.

2. A “REVOLUÇÃO LIBERAL” DE 1930

Aqui não é o espaço para longas digressões sobre a “Revolução liberal de 1930”, no entanto é necessário tecer considerações pontuais sobre o evento.¹⁰

A década de 30 foi um período de grandes transformações econômicas, políticas e sociais no Brasil. Trata-se de um período de reorganização das forças econômicas e políticas ante a proposta de um Estado capitalista industrial (DRAIBE, 2004, *passim*). As décadas de 30-45 retratam um período de grandes mudanças não somente no Brasil, mas em todo o mundo. No que tange ao Brasil, a Revolução de 1930 desencadeou um projeto de inúmeras transformações, mas o presente trabalho se reservará à análise de algumas delas.

As transformações do período não podem ser atribuídas e explicadas somente pela “Revolução liberal” desencadeada no Brasil em 1930, mas sim por fatores históricos, nomeadamente econômicos, onde a dita Revolução funcionou como um meio para catalisar essas transformações.

Não se pode olvidar que até 1930 o Brasil tinha um modelo econômico marcadamente agrário-exportador e que o modelo formalmente republicano se degenerou em um mecanismo político oligárquico favorecendo as classes detentoras dos “modos de produção” da época (em especial a elite agrária). Dessa forma, a partir da década de 1930 - onde a “Revolução liberal” foi um mecanismo para “impor” a transformação -, o país passa pelo grande desafio de renovar sua base produtiva (política de substituição de importações), em grande parte ocasionada pela crise econômica de 1929 que abalou significativamente o modelo agrário-exportador e financeiro.

No entanto, as elites agrárias não desapareceram com a crise ou a revolução, e ao lado da elite financeira elas ainda figuravam como uma força

10 Para melhor conhecimento do tema vide FAUSTO, 1997.

social de grande relevância econômica e política (em especial a paulista), também fortalecida por anos de acumulação no setor agrário-exportador.

É justamente nesse contexto que a “Revolução liberal” aparece como um fato histórico que vai desencadear reformas voltadas à implantação de um Estado nacional capitalista, de perfil urbano-industrial. Essas reformas não surgiriam apenas pela força carismática do novo líder (Getúlio Vargas), mas também pelo trabalho de ideólogos do regime com o intuito de conceber as bases institucionais e conceituais para o novo projeto, destinadas à maior intervenção e regulação da economia e também dos conflitos sociais decorrentes da implantação do novo modelo (ex. legislação trabalhista, previdenciária, sindical e a organização da Justiça do Trabalho).

Essas novas ou readequadas instituições serão fundamentais para a implantação desse novo projeto de Estado e sociedade.

[...] instituições podem designar simplesmente instituições formais (ou “organizações”), como, por exemplo, as instituições políticas, incluindo aí procedimentos burocráticos, estruturas governamentais, aparelhos estatais, normas constitucionais (Ikenberry, 1988). Uma vez constituídas historicamente, elas têm impacto decisivo sobre o comportamento dos agentes inseridos no sistema político (legisladores, eleitorado, grupos de interesse e de pressão etc.), determinando resultados políticos (Krasner, 1984). (CODATO 2, 2008, p. 154)

O período será responsável pela introdução de práticas que irão alterar o processo político decisório, bem como a estrutura orgânica e os poderes da administração pública.¹¹ Entre tais alterações é possível mencionar a criação de “organismos estatais” (instituições) visando regular a produção e a comercialização de produtos agrícolas estratégicos (Conselho

11 É funcional a análise do período a partir da lente do jurista Francisco Campos, onde se pode depreender que do ponto de vista político será adotado uma democracia de massa aclamatória e do ponto de vista administrativo uma burocracia técnica. “*Enquanto a sociedade moderna deu à luz a nova democracia de massa, o Estado Novo fora a consequência necessária dessa democracia. Porém, a legitimação democrática por intermédio da aclamação do mito irracional do líder era somada a uma organização burocracia tecnicista e elitista. O irracional em Campos está na legitimação da democracia de massas. Porém, na estruturação e operacionalização da “máquina democrática”, não há nada de irracional. Pelo contrário, propunha uma tecnocracia no comando do Estado. O líder era o artifício de cooptação das massas, o recurso alegórico da democracia. No entanto, a máquina administrativa deveria ser técnica, pois os temas políticos da época eram essencialmente técnicos. A aclamação mantinha o líder, mas a elite tecnocrática mantinha o Estado*”. Nesse sentido vide MESURINI; DIRSCHNABEL, Leandro et al. **A democracia antiliberal de Francisco Campos**. Anais do II Seminário Nacional Sociologia e Política. UFPR. Curitiba, 2010. < <http://www.seminariosociologiapolitica.ufpr.br/paginas/anais/1.html>>, acesso em 05.05.2012.

Nacional do Café – 1931; Instituto do Açúcar e do Alcool – 1933). Não se pode perder de vista que tais *commodities* sustentaram o modelo econômico e político da “República velha”, mas com a mudança de regime elas não desapareceram como em um passe de mágica. O país não se tornou industrial do dia para noite. Ou seja, a importância econômica do sistema agrário ainda vai permanecer - assim como sua elite -, por isso era essencial manter esses interesses, em alguma medida, “tutelados” pelo Estado, que tentaria “conduzir a mão-invisível” desse setor da economia.

Também, com a finalidade de se implantar um Estado nacional capitalista-industrial, foram empreendidos esforços para favorecer o processo de industrialização mediante técnicas regulatórias e de fomento, bem como a participação direta do Estado em setores de infraestrutura fundamentais para um projeto de implantação industrial (siderurgia, petróleo, carvão e energia elétrica).¹²

A presença do Estado brasileiro na economia se intensifica a partir de 1942, quando o Brasil rompe com os países do Eixo aderindo aos Aliados. Como de costume, o contexto de Guerra Mundial favoreceu a ressignificação de muitos temas de natureza econômica enquanto temas de segurança nacional, aumentando mais ainda a centralidade estatal na economia.¹³

Dessa forma, o Estado tentará assumir o papel de implantar o capitalismo industrial no país e o direito administrativo será um importante aliado para estruturar esse modelo, especialmente em um momento de transição¹⁴.

Trata-se, portanto, de captar num momento dado e à base da estrutura de classe e de poder em transformação, a forma que assume o *Estado de transição*, vale dizer, o Estado nacional capitalista *em formação*. [...] a importância, o caráter fundamental, necessário, e o profundo grau

12 O período também é rico na concepção de novas técnicas financeiras e monetárias (uma nova política de crédito).

13 “[...] cria-se a Comissão de Defesa da Economia Nacional, que passa a globalizar o planejamento da produção agrícola, industrial e mineração, bem como da distribuição e da comercialização de seus produtos no país e no exterior. Esta comissão faz cumprir sua autoridade valendo-se do Tribunal de Segurança Nacional”. MEDEIROS; HIRST, 1982, p. 16.

14 Sônia Draibe adverte sobre a necessidade de se conceber uma teoria do Estado de transição. “Não há uma teoria do Estado que retenha a particularidade da relação entre o político e o econômico numa fase que é a de constituição do capitalismo e do próprio Estado” (2004, p. 46, nota 14).

de atuação do Estado na constituição do capitalismo e da sociedade burguesa no Brasil (DRAIBE, 2004, p. 14; 15).

Sendo assim, a particularidade que mais interessa a esse trabalho é justamente esse Estado de transição, onde os diversos interesses (sociais e econômicos) serão objeto de uma tentativa de sincronização (de forma autoritária) no ambiente estatal e a partir dele. A implantação do modelo econômico capitalista no Brasil não vai ocorrer por uma consequência natural da reacomodação das elites dirigentes, mas por uma participação central do Estado. Inclusive, essa participação central do Estado, por intermédio do Poder Executivo, será concebida como necessária no sentido de que não era uma proposta política apenas, mas decorria de imperativos científicos e também assumirá um perfil “autoritário”.¹⁵

3. O “ESTADO DE COMPROMISSO” (MODELO CORPORATIVO)

A partir de Nicos Poulantzas, Draibe procura encontrar um tipo de Estado para a transição ocorrida na década de 1930 no Brasil:

Para esse autor, o Estado de transição se distingue por uma defasagem entre suas estruturas e funções e uma particular autonomia, que lhe permite operar além dos limites fixados pelo modo de produção, produzindo relações não dadas de produção – capitalistas –, transformando e fixando os limites de um novo modo de produção. [...] Neste trabalho utilizamos estas sugestões, mas pensamos particularmente em um tipo de Estado que se enraíza numa estrutura social heterogênea, em desequilíbrio tendencial. Um tipo de estado que se sobre um conjunto de forças sociais em transformação, não articuladas objetivamente (porque ainda ausente um movimento autônomo e integrador da acumulação capitalista). Finalmente, um tipo de Estado que, sob formas determinadas, vai adquirindo, ao longo do processo de transição, as estruturas centralizadas e unificadas do Estado nacional capitalista (2004, p. 47, nota 14).

15 É interessante notar como os ideólogos do regime usam o termo autoritário em um sentido “positivo”, ou seja, autoritário significa um Estado atuante na sociedade e na economia, um Estado com autoridade para assumir uma função interventora, em contraposição ao modelo liberal de um “Estado sem Estado”. Em um viés político, para muitos esse Estado autoritário visava acabar com a anarquia liberal e, por consequência, com o perigo do comunismo. O conceito “autoritário” aqui tem pelo menos uma dupla função, permitia que o Estado atuasse em áreas que até então eram reservadas à livre iniciativa, fragmentando os limites rígidos entre Estado e sociedade civil, entre direito público e privado, mas também funcionava como “mediação” entre liberalismo e comunismo, obviamente, numa perspectiva normativa.

Ante as peculiaridades deste Estado de transição - nomeadamente na ausência de classes dominantes capazes de assumir a direção política a novos rumos ante a crise do “Estado oligárquico -, as técnicas usadas não serão tipicamente liberais, mas sim conduzidas por mecanismos entendidos como “autoritários”. Portanto, naquele momento histórico, esse Estado de transição em ambientes que migram de um modelo agrário-exportador para um modelo capitalista industrial será pautado por técnicas destoantes do paradigma liberal.¹⁶

É nesse contexto que o Estado aparece como o agente captador e articulador dos diferentes interesses sociais e econômicos, absorvendo os interesses mais relevantes como interesses de Estado, portanto, temas a serem regulados pelo direito público e seu regime peculiar. Ocorre, portanto, a absorção de parte do direito privado pelo direito público.

Para muitos historiadores (Boris Fausto, por exemplo) surge um “Estado de compromisso” expressando a ausência de hegemonia política de qualquer um dos grupos dominantes, em “diferentes modalidades de compromisso”.¹⁷ Dessa forma, o Estado e também a administração pública passa a ter a função de árbitro entre os diversos interesses tendo como finalidade uma solução de compromisso e equilíbrio, em regra circunstancial.

O “Estado de compromisso” será compreendido como um ente articulador dos diferentes interesses sociais e econômicos a partir de um interesse superior do Estado (DRAIBE, 2004. p. 17), pelo menos no âmbito normativo (*dever ser*). Não que os interesses sociais e econômicos sejam “publicizados”, mas serão regulados e incentivados a partir de um

16 O autoritarismo nunca foi novidade na história brasileira, inclusive na República. A marca do autoritarismo da década de 1930 será sua “progressividade”. Ao contrário do autoritarismo conservador da primeira república, a segunda república será caracterizada por um autoritarismo progressista. Nesse contexto temos o Francisco Campos “estadista”, onde sua visão autoritária possuía contornos progressistas pautados pela necessidade de implantar um modelo econômico industrial acompanhado de uma reformulação política e administrativa do Estado. Nesse sentido vide MEDEIROS, 1978.

17 Sônia Draibe entende que os conceitos de “Estado de compromisso” e de “modernização conservadora ou via prussiana” não conseguem dar conta do problema das “diferentes modalidades de compromisso” ante a forças sociais em constante “reatualização”. Para a autora essas análises “*supuseram um caminho único de avanço do capitalismo, sob a forte e permanente direção política de elites de corte autoritário, ou superestimaram a autonomia dos técnicos e burocratas na definição e implementação do desenvolvimento econômico*”. (DRAIBE, 2004, p. 19).

interesse superior do Estado.¹⁸ Nesse papel de “árbitro” o Estado passa a aumentar sua função regulatória e interventiva da economia.

[...] a noção de “Estado de compromisso” vai além do terreno em que se colocavam de início as divergências com análises anteriores. Os autores que a utilizam não apenas travaram uma discussão sobre a natureza das contradições sociais e o caráter da Revolução de 1930, mas também propuseram uma análise do Estado brasileiro que continha os princípios da sua própria periodização: 1930 marca o início do processo de formação do Estado nacional, moderno como “um órgão (político) que tende a afastar-se dos interesses imediatos e a sobrepor-se ao conjunto da sociedade como soberano.

É nesse contexto político, econômico e social que o direito administrativo vai encontrar um amplo espaço de transformação, pois será um campo do direito privilegiado para pensar os instrumentos desse Estado de perfil regulador e interventivo.

No âmbito jurídico, esse “Estado de compromisso” arbitral será entendido como o “Estado corporativo”. O Estado corporativo era uma “terceira via” do fascismo e seu maior expoente foi o italiano Ugo Spirito. As “corporações” eram órgãos destinados a conciliar os interesses sociais opostos, obter a colaboração das classes em nome dos interesses superiores da nação. Esse Estado corporativo eliminaria a anarquia do Estado-liberal sem cair no despotismo do Estado socialista. Nem ditadura da burguesia, nem ditadura comunista, mas ditadura do ente superior às classes, ou seja, a Nação guiada pelo líder. O Estado corporativo também chamado de Nacional era um Estado que se colocava acima dos indivíduos e das classes sociais, dessa forma, a luta de classes deveria ser travada sob os olhos desse ente, que atuaria como árbitro. Essa idéia foi o cerne do corporativismo e para Bobbio o Estado corporativo foi o meio para se chegar ao Estado totalitário (BOBBIO, 2007, p. 68-69; 83).

18 É importante mencionar que a relativa autonomia do Estado não implicou em independência em relação aos interesses oligárquicos agro-exportadores, eis que é possível identificar uma “coalizão conservadora de interesses na base social do Estado”(DRAIBE, 2004, p. 18). Nesse sentido, “*A política do Estado não feriu nem se afastou totalmente dos múltiplos interesses oligárquicos e agroexportadores; contemplou interesses imediatos dos setores médios urbanos e da burguesia industrial e, excluindo o campesinato, incorporou progressivamente os setores populares urbanos*” (DRAIBE, 2004, p. 18).

Francisco Campos¹⁹, como tantos outros, se aproveitou desse pensamento corporativista a fim de ganhar destaque no cenário jurídico à época.²⁰ Ele dizia que o Estado Novo era corporativo, portanto, era também um modelo político-econômico. O Estado corporativo era o remédio à desregulamentação do liberalismo econômico, consequentemente, evitava o comunismo. O *materialismo histórico* poderia ser evitado pelo engenho político e institucional, desde que a anarquia liberal fosse contida. O Estado corporativo conteria a síntese (anarquia liberal) e evitaria a antítese (socialismo). (1945, p. 315)

O Estado corporativo seria o regulador dos interesses econômicos representados pelas corporações. O modelo corporativo era a descentralização econômica deixando à própria produção o poder de auto-regulação (tecnicismo), na medida em que o Estado delegaria funções de poder público às corporações. Cada corporação representaria um setor da economia nacional e competiria somente ao Estado representar os interesses nacionais e exercer um papel de árbitro entre os diferentes interesses da economia nacional, representados pelas corporações.

Essa arbitragem visava garantir os interesses nacionais conciliando os interesses econômicos. Caberia ao Estado o papel de conciliar os conflitos entre capital e trabalho. O Estado liberal não fazia essa necessária arbitragem, portanto, fomentava o predomínio do interesse dos economicamente fortes sobre os fracos e isso representava a ante-sala do comunismo.

Campos dizia que o corporativismo era inimigo do liberalismo e não da liberdade. Garantia a liberdade, mas no interior da corporação. O

19 Francisco Luiz da Silva Campos nasceu em Dolores do Indaia (MG) em 1891 e morreu em Belo Horizonte em 1968. Graduiu-se em Direito em 1914, foi professor de Direito e entrou na vida política em 1919 eleito deputado estadual em Minas Gerais. Exerceu os cargos de Ministro da Educação, consultor geral de República e ministro da Justiça. Foi um dos principais personagens da Revolução de 1930 e de suas reformas (educacional, processual, administrativa, constitucional, etc). Como ministro da justiça do governo Vargas, foi um dos responsáveis pela estruturação jurídica e política do Estado Novo, redigindo a Constituição de 1937. Publicou inúmeras obras jurídicas e políticas e foi um dos mais influentes juristas de seu tempo. Sua obra mais influente foi o *“O Estado Nacional: sua estrutura e seu conteúdo ideológico”* (1940). Após sua “saída” do cenário político na década de 50, voltou ao centro da história nacional ao redigir o Ato Institucional n.º1 em 1964.

20 Sobre o perfil adaptável do jurista mineiro e uma crítica a visão “precipitada e reducionista” de sua obra, vide SEELAENDER “[...] o jurista mineiro expressou em seus escritos e opiniões, inclinações e teses muito diversas, por vezes colidentes. O que as fontes mostram, a rigor, é um jurisconsulto sempre atualizado e muito adaptável – inclusive politicamente. [...] Jurisconsulto adaptável, Campos concebia como adaptável também a própria ordem jurídica. Mutáveis e manejáveis lhe pareciam não só as leis, mas também os próprios ‘conceitos’ [...] Longe de ser eterno, o direito parecia a Campos, pois, mutável, contingente e politicamente maleável” (2013, p. 503).

indivíduo tinha liberdade enquanto membro da corporação e a corporação tinha sua liberdade enquanto parte submetida ao Estado. A liberdade do indivíduo encontrava limites na liberdade da corporação (interesse do setor econômico), que por sua vez era limitada na liberdade definida pelo Estado (interesse da Nação) (1946, p. 316).

O Estado corporativo tinha os olhos voltados à economia, pois continha a livre concorrência. Esta, no modelo liberal, era uma corrida desenfreada visando apenas objetivos particularistas em detrimento dos interesses da Nação. A organização corporativa, ao contrário, proporcionava a livre concorrência para todos, garantindo o bem comum (CAMPOS, 1946, p. 317; 318).

A Constituição de 1937 estabelecia:

Art. 140. A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público.

A partir desta perspectiva se torna necessário analisar as instituições (criação de órgãos públicos e entidades autárquicas de regulação das atividades econômicas) instituídos esses racionalizados pelo direito administrativo. Esses mecanismos administrativos afirmam e absorvem, dentro da estrutura de Estado, a regulação da acumulação capitalista (Draibe). Os interesses econômicos passam a ser absorvidos, regulados e fiscalizados por essas novas instituições.

4. TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS DE INTERVENÇÃO E CONTROLE DA ECONOMIA

Como visto, por conta dos objetivos econômicos e políticos da época, o Estado figurou como a “locomotiva” do projeto de construção do Estado nacional capitalista. Dessa forma, precisou criar novos mecanismos administrativos para viabilizar esse novo projeto.

Do ponto de vista administrativo aumentou a importância da *descentralização funcional*²¹ e as novas entidades criadas materializavam, administrativamente, o projeto do Estado corporativo. Esse novo projeto provocou uma reacomodação das estruturas administrativas, portanto, uma revisão do direito administrativo. Nesse sentido vale transcrever o

21 Os mecanismos criados não eram somente advindos de descentralização, mas também de desconcentração (novos órgãos públicos)

prefácio da primeira edição da obra de Themístocles Brandão Cavalcanti (março de 1936):

O direito administrativo é um ramo, uma secção da theoria do Estado. Como todo o direito, soffre neste momento uma transformação que se torna evidente pelo exame do direito positivo, onde melhor se reflecte a incerteza e o desequilíbrio de uma época de readaptação das normas jurídicas a uma nova situação de facto. Todo esse movimento, porém, processa-se no sentido de uma intervenção cada vez maior do Estado em todos os sectores da actividade humana, o que obriga a uma organização administrativa cada vez mais complexa. Essa intervenção do Estado, entretanto, embora sob certos aspectos beneficia, porque coordena e auxilia as actividades individuaes, e attende melhor os interesses colletivos, provoca, por outro lado, uma saturação do poder do Estado, de consequencias imprevisíveis. Dentro do quadro do direito administrativo, ella se manifesta pela creação de novos institutos, pela creação de órgãos administrativos novos, aos quaes incumbe executar directamente as funções do Estado (CAVALCANTI, 1938, VI).

Essa “descentralização”, no entanto, não representava “democratização”, mas sim uma consequência do aumento da burocracia estatal ante às novas finalidades, nomeadamente econômicas. A descentralização consubstanciava uma técnica de deslocamento da administração ante a especificidade da economia, mas do ponto de vista da decisão administrativa-política o modelo era pautado pela centralização. Portanto, centralização da decisão política e descentralização administrativa (execução).

A técnica da descentralização administrativa funcional (desconcentração), muito embora já conhecida no Brasil e usada com mais regularidade em países da Europa (ex. Itália), a partir da década de 30 acabou ganhando novas proporções. Consistia na criação de novas personalidades jurídicas, ora com natureza pública (autarquias) ora com natureza privada (sociedades de economia mista), que gozavam de autonomia em relação ao ente que as concebeu. A descentralização era uma readaptação da administração ante às novas necessidades administrativas e se justificava por imperativos técnicos, autonomia administrativa e pela maior flexibilidade gerencial (CAVALCANTI, 1954, p. 233; 246).²²

22 Muito embora a obra citada de Themístocles Cavalcanti seja de 1954, o texto é uma importante fonte de estudo para os propósitos deste trabalho. O autor além de ser um dos juristas mais respeitados das décadas de 30, 40 e 50, neste trabalho (Curso de Direito Administrativo – 1954) ele está tratando de institutos jurídico-administrativos criados na década de 30-45.

Da descentralização funcional – A complexidade das funções do Estado, quer quanto à soma de atividades que exerce, quer quanto à sua variedade, trouxe como consequência imediata a sobrecarga se seus serviços e a competente necessidade de adaptar à sua máquina administrativa a multiplicidade de serviços a seu cargo. [...] Este processo, além do mais, é de todo satisfatório sob o ponto de vista da organização e da técnica administrativa, porque permite uma diferenciação na estrutura e nos processos de administração, de acordo com as peculiaridades de cada serviço, sua finalidade, etc (CAVALCANTI, 1954, p. 233).

Com a adoção da descentralização houve a necessidade de racionalizar juridicamente os novos entes criados pela administração pública. Havia à época a necessidade e a dificuldade de se compreender juridicamente a nova “máquina administrativa”. Em parecer sobre o Instituto Mineiro do Café o jurista Francisco Campos enfrenta o tema da natureza jurídica das autarquias. Apoiando-se na doutrina administrativista francesa e alemã, o jurista justifica as autarquias como entes de natureza pública que, por motivos de índole econômica, política ou social, a administração central os cria para melhor atender as finalidades administrativas, portanto, são serviços estatais (públicos) descentralizados por uma questão técnica (CAMPOS, 1958, p. 104).

Uma das dificuldades à época era fundamentar a criação de entes com personalidade jurídica diversa da do Estado, mas que mantinham poderes de Estado. A autarquia, muito embora com personalidade jurídica própria, não se regia pelo direito privado tendo em vista o interesse público que deveria tutelar. Portanto, o que qualificava a autarquia como uma pessoa de direito público e com poderes de Estado (regulamentar e em alguns casos jurisdicional²³) era justamente sua finalidade, haja vista que a quem competia os fins, competia também os meios.

A autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público (8), ou, em outras palavras, o ente autárquico age em lugar do Estado, no sentido de interesses revestidos de caráter público, a sua vontade como vontade do Estado. [...] Não há dúvida, portanto, de que um serviço personalizado é uma pessoa jurídica pública, isto é, com poderes e competência de direito público, quando nela ocorrem os seguintes

23 Quando se fala em competência jurisdicional não significa que se excluía totalmente a apreciação judicial, mas sim que a competência de muitas das autarquias era também dirimir conflitos setoriais.

requisitos: a) que seja destinada a satisfazer interesses públicos, isto é, interesses que se encontram entre aqueles que constituem fim e objeto da atividade do Estado; b) que o Estado considere aquela pessoa como ativa no seu próprio interesse, enquanto que por meio dela (no todo ou em parte) visa atingir fins ou escopos que são genuinamente seus (CAMPOS, 1958, p. 105).

No que tange às autarquias em especial, elas serviam também para absorver interesses econômicos relevantes e compreendê-los como de interesse social (público). Em muitos casos a regulação de determinadas atividades econômicas era concebida como um serviço público. Entre as várias espécies de autarquias existiam aquelas denominadas de “econômicas”, “destinadas a regular a produção e o comércio tais como o Departamento Nacional do Café, Instituto do Açúcar e Alcool, Instituto Nacional do Mate, Instituto do Sal” (CAVALCANTI, 1952, p. 238”).

Essas novas entidades, na prática, em certa medida controlavam, mas também promoviam representatividade às elites agrárias daquele antigo modelo econômico, bem como, em alguns casos, até mesmo às novas elites industriais. Tinham uma finalidade dupla e às vezes ambígua: eram um meio das elites terem a proteção estatal e por outro lado um instrumento do Estado para controlar a atividade econômica, com evidentes riscos de “captura”.²⁴

Como exemplos dessas novas estruturas administrativas voltadas ao setor agrário é possível citar: o Departamento nacional do café (1933), o Instituto Nacional do Açúcar e do Alcool (1933), Instituto do Cacau da Bahia (1931) e o Instituto Nacional do Mate (1938). No tocante ao setor industrial: o DNPM - Departamento Nacional de Produção Mineral (1934), o Conselho Federal do Comercio Exterior (1934); Comissão executiva do plano siderúrgico nacional (1940), a Comissão Executiva Têxtil (1942).

24 “A participação do Estado na atividade econômica também implica a busca de um padrão ótimo de relacionamento com as classes produtoras. Neste sentido, Vargas cria mecanismos de aproximação com o empresariado, através de uma política de crédito e da estruturação de órgão técnicos dentro do aparelho estatal, capazes de permitir a representação dos interesses das classes produtoras. Além de diversificar as atividades da burocracia federal esta inovação garantia aos industriais um canal de comunicação com o governo bastante eficiente para o exercício de pressões e a explicitação de demandas. Finalmente, reforça-se o caráter autoritário de relação estado-sociedade, na medida que esvaziava a funcionalidade dos canais representativos clássicos de uma ordem liberal burguesa”. MEDEIROS; HIRST, 1982, p. 16.

A Carta de 37 previu o Conselho da Economia Nacional (com poderes relativamente amplos de “legislação”²⁵). Muito embora nunca implantado, ele possui uma funcionalidade historiográfica relevante, pois retrata uma característica da cultura jurídica da época, na medida em que seu objetivo era criar um órgão máximo de regulação econômica, com estatura constitucional e vinculado ao Executivo. No entanto, na prática, foram criados conselhos superiores (ex. Conselho Nacional de Política Industrial e Comercial e Comissão de Planejamento Econômico - 1944).

Dentre essas novas técnicas administrativas, setores da burocracia absorveram competências de natureza legislativa e jurisdicional, sob a justificativa do melhor preparo técnico.²⁶ Surge, portanto, uma tecnoburocracia com poderes legislativos e jurisdicionais. Portanto, competências legislativas delegadas ao Executivo (técnica do decreto-lei, constitucionalizada pela Carta de 37 no artigo 14), aumento da importância e do alcance do poder administrativo regulamentar e administrativo-jurisdicional, muitas vezes compreendidos como manifestação do poder de polícia.

25 Art 57 - O Conselho da Economia Nacional compõe-se de representantes dos vários ramos da produção nacional designados, dentre pessoas qualificadas pela sua competência especial, pelas associações profissionais ou sindicatos reconhecidos em lei, garantida a igualdade de representação entre empregadores e empregados. [...] Art. 61 - São atribuições do Conselho da Economia Nacional: a) promover a organização corporativa da economia nacional; b) estabelecer normas relativas à assistência prestada pelas associações, sindicatos ou institutos; c) editar normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho entre os sindicatos da mesma categoria da produção ou entre associações representativas de duas ou mais categorias; d) emitir parecer sobre todos os projetos, de iniciativa do Governo ou de qualquer das Câmaras, que interessem diretamente à produção nacional; e) organizar, por iniciativa própria ou proposta do Governo, inquérito sobre as condições do trabalho, da agricultura, da indústria, do comércio, dos transportes e do crédito, com o fim de incrementar, coordenar e aperfeiçoar a produção nacional; f) preparar as bases para a fundação de institutos de pesquisas que, atendendo à diversidade das condições econômicas, geográficas e sociais do País, tenham por objeto: I - racionalizar a organização e administração da agricultura e da indústria; II - estudar os problemas do crédito, da distribuição e da venda, e os relativos à organização do trabalho; g) emitir parecer sobre todas as questões relativas à organização e reconhecimento de sindicatos ou associações profissionais; h) propor ao Governo a criação de corporação de categoria. Art 62 - As normas, a que se referem as letras b e c do artigo antecedente, só se tornarão obrigatórias mediante aprovação do Presidente da República. Art 63 - A todo tempo podem ser conferidos ao Conselho da Economia Nacional, mediante plebiscito a regular-se em lei, poderes de legislação sobre algumas ou todas as matérias da sua competência. Parágrafo único - A iniciativa do plebiscito caberá ao Presidente da República, que especificará no decreto respectivo as condições em que, e as matérias sobre as quais poderá o Conselho da Economia Nacional exercer poderes de legislação.

26 Quanto à eficiência técnica, o parlamento era concebido como uma instância política inapta para as questões políticas complexas e urgentes da época e, como a “*lei da política*” é a impossibilidade de “*vazios de poder*” (“*poder vago, poder ocupado*”), o Executivo seria o legítimo ocupante desse “vazio”. Legítimo porque eficiente e comandado pelo chefe democraticamente aclamado (CAMPOS, 1942, p. 346-347).

Para viabilizar esse “remanejamento” de funções estatais foi preciso rever o “vetusto” princípio da separação de poderes.²⁷

Nesse sentido vale trazer o entendimento de Francisco Campos ante sua importância à época. Para o autor a teoria da separação dos poderes era uma mecânica histórica que não obedecia a uma lei natural eterna e atemporal.²⁸ Como a democracia de massa era a ditadura de um líder, o clássico modelo liberal de separação de poderes, centralizado na figura do parlamento, deveria ser revisto. Tal revisão caminhava no sentido de abandonar o legislativo como centro de gravidade da decisão política e transferir esse centro ao Executivo.

A legitimação da função legislativa do Executivo decorria na própria idéia de democracia ditatorial. A Nação era concebida como a origem das instituições, dos códigos e dos governos. Na medida em que o líder encarnava a Nação, ele era a autoridade legítima para interpretar seu espírito e expressar sua vontade por meio da “lei”. Também, caberia ao Chefe do Executivo - independentemente de lei -, a complementação da Constituição, porque esta, por si só, não bastava. As questões sociais eram “por demais complexas para encontrar a sua solução em um simples enunciado constitucional”²⁹ (CAMPOS, 1945, p. 429).

Além do poder constitucional de expedir decretos-lei, Campos fazia uma diferenciação entre política legislativa e técnica legislativa. A política legislativa estava a cargo do legislativo cuidando politicamente dos fatos mais relevantes e estabelecendo leis de conteúdo principiológico. Já a técnica legislativa, a cargo do executivo por meio do poder regulamentar, expedia decretos-leis e regulamentos para a vida cotidiana. A técnica legislativa não era dependente da política legislativa, daí a existência de decretos autônomos. O princípio liberal da legalidade era substituído pelo princípio da legitimidade fundada na aclamação do líder (SANTOS, 2007, p. 315).

Tendo em vista a complexidade técnica dos assuntos de governo, o parlamento se reduziu à função de estabelecer apenas a substancia e

27 Nos dias atuais é comum encontrar doutrinas e jurisprudências “relendo” a separação de poderes a partir no “novo paradigma” do Estado Social. Porém, este esforço em adaptar a separação de poderes às novas realidades históricas não é novo. O princípio da separação de poderes mais que uma técnica jurídica é um compromisso político e a política se caracteriza pela mutabilidade.

28 “Cada época tem a sua divisão de poderes, e a lei do poder é, em política, a da capacidade para exercê-lo.” (CAMPOS, 1945, p. 346)

29 “O Chefe é o chefe da Nação” (CAMPOS, 2002, p. 193)

os princípios gerais que deveria direcionar um tema. Dentro dessa órbita principiológica, caberia ao Executivo, por meio do poder regulamentar, dar forma prática aos princípios legais. O regulamento executivo era o instrumento técnico adequado para dar conta da complexidade da vida moderna.

[...] ao executivo, que está em contato com a realidade, é que incumbe, evidentemente, completar, por aproximações, retificações e prolongamentos, o esquema ou os lineamentos gerais traçados pelo parlamento (CAMPOS, 1945, p. 342).

Muitas das autarquias, para realizar seu desiderato, eram dotadas de delegações legislativas (poder regulamentar estendido) e de competências de julgamento.

Nesse sentido é forçoso citar importante parecer de Bilac Pinto em 1946, tratando dos poderes do Instituto do Açúcar e do Alcool (I.A.A.). Em síntese o parecer questionava pontos acerca de decisão administrativa da Comissão Executiva do I.A.A. que descaracterizou como fornecedores de cana-de-açúcar alguns colonos na região de Piracicaba/SP. O momento histórico era o da Carta de 1937 (PINTO, 1953, p. 250).

Para o parecerista a questão de fundo redundava na inevitável discussão sobre a separação de poderes.³⁰ Segundo o autor, o momento histórico não era mais aquele da Carta de 1891. Com a nova política intervencionista o Estado teria que mudar suas técnicas de atuação. A legislação e os litígios tenderiam a crescer em volume e complexidade, dessa forma seria inevitável uma releitura da antiga teoria da separação dos poderes (PINTO, 1953, p. 251).

Ante a essa constatação histórica, o parecerista entendeu que o modelo constitucional à época concebera diversas formas de delegação legislativa (regulamentar) e outorga de funções jurisdicionais³¹ a órgãos e entidades administrativas (autarquias).

30 “[...] tôdas as questões do direito público conduzem, cedo ou tarde, à separação dos poderes” (PINTO, 1953, p. 236)

31 O parecerista cita acórdão do Ministro Casto Nunes (STF): “*A hipertrofia das funções do Estado e a complexidade dos problemas da Administração pública, escreve o Ministro Castro Nunes, ‘exigindo conhecimentos especializados e, não raro, de técnica complicada, para a qual não estão aparelhados os juizes de carreira, explicam o desenvolvimento, que vem de longe, e se vai acentuando dia a dia, de instâncias administrativas colegiadas para o exame e solução de tais questões’*” (PINTO, 1953, p. 262).

Para a realização desses objetivos, duas práticas se impuseram - a delegação legislativa e a outorga de funções jurisdicionais a órgãos da Administração -, passando a constituir técnicas insubstituíveis, obrigatórias, necessárias, embora representassem tendência absolutamente contrária aos mais sólidos princípios do direito constitucional (PINTO, 1953, p. 251).

Portanto, o momento histórico foi definitivo para a concepção de uma estrutura administrativa existente e deveras atuante até os dias de hoje. Ante as novas necessidades, o Estado passou a criar diversas técnicas de controle em atividades e setores que antes não sentiam a atuação estatal de forma maciça. Igualmente, o momento histórico em análise é rico na concepção de um modelo de Estado “empresarial”. Frente ao projeto de industrialização do país, a burocracia estatal vai participar ativamente como agente direto da economia e não apenas como regulador setorial. A justificativa desta atuação estava no fato de que algumas atividades não poderiam ser assumidas pelo capital privado, dessa forma, estruturas estatais seriam criadas com o corpo de entes de direito privado, para poder realizar uma atividade econômica sem vistas direta ao lucro, mas sim na exploração de uma atividade empresarial de importância pública. Também, foram utilizadas encapações de empresas privadas a fim da realização do interesse público em atividades econômicas (CAVALCANTI, 1938, p. 240-241). Como exemplo, temos a encaptação da Sociedade Anônima Companhia Lloyd brasileiro, pelo decreto 1.708 de 11 de junho de 1937.

Essa atividade empresarial do Estado vai exigir uma racionalização jurídica de novos entes estatais, mas sob estrutura de direito privado, ou seja, sem as “amarras” do direito público proporcionando maior flexibilidade e autonomia, características essenciais da atividade econômica.

5. A TENTATIVA DE IMPLANTAÇÃO DE UM MODELO BUROCRÁTICO

Novas técnicas de controle implicam em uma nova burocracia, doravante pautada, pelo menos teoricamente, pela qualificação técnica.

Ao lado do líder aclamado e aliado à potencialização do Executivo, era necessária uma “máquina administrativa” técnica, baseada no princípio da concentração dos órgãos e na hierarquia. Tal “maquina” se materializava no DASP.

O DASP, criado em 1938, controlava todo o sistema administrativo do país, sendo responsável pela elaboração anual do orçamento e

pelo controle de sua execução. Nos aspectos técnicos, os ministérios deveriam se sujeitar ao DASP, mas mantinham a hierarquia tradicional nos demais assuntos” (BERCOVICI, 2004, p. 42).

Essa máquina administrativa representava a garantia técnica do governo, portanto, deveria ser eficiente, econômica e sobretudo responsável. Essa burocracia deveria ser recrutada por critérios de capacidade e não por pessoas extraídas da “clientela eleitoral”.³² Essa burocracia, muito embora captada pela capacidade, não é necessariamente uma burocracia democrática, muito pelo contrário.

Mais uma vez, a partir de Francisco Campos, nota-se sem muito esforço um pensamento elitista. A burocracia deveria ser composta por uma elite técnica capaz de governar a massa irracional. Assim, as elites técnicas seriam legítimas por serem mais aptas e o liame entre elas e a massa ocorreria justamente por intermédio da figura do líder.³³

A estabilidade do agente público não poderia redundar em ineficiência ou em irresponsabilidade. “Não pode haver garantias contra o interesse público” (CAMPOS, 1942, p. 312; 313). Portanto, verifica-se o papel fundamental do DASP na seleção, no preparo e na penalização dos agentes públicos. A competência do DASP era definir, racionalizar e controlar a carreira do funcionalismo público e da organização administrativa. Sua legitimação além de política (dirigentes indicados pelo presidente da república) era de natureza técnica, tendo como atribuições a seleção e treinamento de pessoal, a definição de políticas e do sistema de compras

32 É importante registrar que esse “sonho tecnicista” da época não foi plenamente materializado de fato. A busca por tecnicização encontrou pela frente uma cultura oligárquica que por muito tempo irá colonizar importantes setores da administração pública, a partir de critérios mais partidários do que técnicos.

33 “As elites são necessárias porque funcionariam como uma espécie de último pilar da sensatez e da razão num mundo em que crenças e instintos cada vez mais conformariam os processos políticos. [...] Caberá às elites governamentais o papel fundamental de organizar, disciplinar e mobilizar essa coletividade, de modo a realizar o projeto de integração política que as elites compreendem como sendo o mais adequado ao país. O liame entre elite e massa, garantidor do processo político, será feito pelo mito da personalidade, mais eficaz porque é o mais forte. [...] O governo e a administração dependem, assim, da deliberação restrita a um grupo de pessoas com certos conhecimentos técnicos e especializados – e aqui Campos, mais uma vez nos afirma como o processo político contemporâneo exigia a competência da elite na gestão das coletividades. A participação da opinião pública no governo devia ter apenas um caráter plebiscitário, isto é, referente a poucas e simples questões” (CORRÊA, Paulo Celso. **Massa, Mito e Estado em Francisco Campos: a política de uma era de transição**. < http://www.achegas.net/numero/42/paulo_celso_42.pdf>, acesso em 05.08.2010).

publicas, a elaboração do orçamento (peça essencial ao planejamento), entre outras funções executivas, normativas e até legislativas.³⁴

Outra instituição administrativa de grande relevância (concebida teoricamente por Francisco Campos) foram os Departamentos Administrativos (“daspinhos”). Os Departamentos Administrativos foram criados em 1939 pelo Decreto-lei 1.202 (abril) e passaram a funcionar no segundo semestre daquele ano. Foram criados para aperfeiçoar as interventorias federais.³⁵ Atuavam na área da legislação estadual (podendo vetar decretos-lei), no campo orçamentário (aprovação de instrumentos orçamentários) e no âmbito da organização administrativa (racionalização visando à eficiência) (CODATO 1, 2008, *passim*).

No entanto, os “daspinhos” também funcionavam com propósitos econômicos e políticos para cooptar a antiga classe dirigente e obter apoio ao regime ditatorial. Eram instrumentos administrativos para a integração econômica nacional, sob a tutela da centralização do Estado, bem como um mecanismo de controle político das elites locais (CODATO 1, 2008, *passim*).

CONCLUSÃO

O objetivo geral deste trabalho foi indicar pontos de análise para a compreensão do momento histórico de 1930-45 ante as grandes transformações sociais, políticas e econômicas que redundaram na criação de novos institutos administrativos. Nesse breve estudo não foi possível aprofundar a análise, mas apenas selecionar temas de reflexão para pesquisas mais detalhadas no futuro.

Pretendeu-se chamar a atenção para uma reformulação administrativa e conceitual ocorrida nas importantes décadas de 30 e 40. O momento histórico não pode ser analisado apenas sob a sombra “messiânica” de Vargas, mas também a partir de uma complexa máquina estatal que começa a ser erguida.

Por óbvio que a Revolução de 30 e o golpe de 37 não ocorreram apenas pela força de Vargas, houve um pacto “mínimo” entre as principais elites, pois não é possível ocorrer alterações políticas e institucionais sem

34 No plano federal assessorava o presidente na revisão de leis. No nível estadual podia suspender ou rejeitar decretos ou atos dos interventores.

35 “O interventor realizaria a coordenação política dos Estados, o Departamento Administrativo cuidaria dos assuntos técnicos, como se fosse uma espécie de ‘legislativo’” (BERCOVICI, 2004, p. 42).

o apoio das elites. Ocorre que as lutas políticas vão permanecer agora no seio do novo modelo. O projeto político e econômico não seria possível apenas pela cooptação das massas ante a figura do líder, é preciso analisar o comportamento das principais elites da época, evitando-se a ideia de um “Estado de compromisso”, eis que ocorria uma disputa política entre as elites dentro e pelo controle das instituições estatais.

Do ponto de vista jurídico, o direito administrativo foi um dos ramos jurídicos que mais sofreram impactos. O direito administrativo passou a ter uma função de ordenação do projeto de construção do Estado capitalista. Simultaneamente temos a organização das estruturas de um Estado-Nação e de um Estado capitalista. Nesse sentido, o período é rico na criação/readequação de mecanismos administrativos de regulação e intervenção na economia e na construção de um modelo burocrático, ambos conectados, um servindo ao outro.

Esse projeto vai ter como uma de suas características mais marcantes o protagonismo no Poder Executivo e o repasse de competências legislativas e até jurisdicionais a órgãos administrativos e às novas entidades descentralizadas. Sob o argumento de uma nova realidade histórica, a separação clássica dos poderes foi revista e a “maquina administrativa” foi hipertrofiada.

Muitos interesses antes tidos como privados (econômicos) passaram a ser absorvidos como interesses estatais dignos de maior regulação. Ante a peculiaridade e especificidade dos problemas e o novo projeto de se construir um novo Estado, agora industrial e capitalista, a Administração Pública foi uma importante ferramenta para acomodar os diferentes interesses sociais da época, conciliados sob condições circunstanciais. Para tanto, foi necessária a criação ou readequação das instituições estatais, não apenas em vista de viabilizar um projeto econômico capitalista industrial, mas em vista da construção da própria estatalidade nacional. Nesse contexto, o direito administrativo acabou por absorver o direito constitucional no projeto de construção da estatalidade industrial capitalista brasileira.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Do Fascismo à democracia*. Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2007.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

_____. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001.

_____. *Direito Administrativo*. Vol. I. Freitas Bastos: São Paulo, 1958.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

_____. *Instituições de Direito Administrativo brasileiro*. Vol. 1. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1938.

CODATO, Adriano Nervo 1. *Elites e instituições no Brasil: uma análise contextual do Estado Novo*. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Ciência Política. Unicamp: Campinas, 2008.

_____. 2. Quando o Brasil era moderno: *o Estado antes da crise do Estado*. Dois pontos. Curitiba/São Carlos, Vol. 5, n. 2, p. 143-168, outubro, 2008.

CORRÊA, Paulo Celso. *Massa, Mito e Estado em Francisco Campos: a política de uma era de transição*. < http://www.achegas.net/numero/42/paulo_celso_42.pdf>, acesso em 05.08.2010).

COSTA, Pietro. *Soberania, representação e democracia. Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DRAIBE, Sônia. *Rumos e metamorfoses. Estado e industrialização no Brasil. 1930-1960*. 2 ed. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a 'sociedade de normalização'. In. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 109-128.

FAUSTO, Boris. *A Revolução de 1930*. São Paulo: Cia. Das letras, 1997.

GUANDALINI, Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil imperial*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia. Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia autoritária no Brasil*. 1939-1945. Rio de Janeiro: FGV, 1978.

MEDEIROS, Ana Lígia; Mônica Hirst (Org.) *Bibliografia histórica: 1930-1945*. Brasília: Ed. UNB, 1982.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. Quartin Latin: 2015.

MESURINI, Mauricio da Costa; DIRSCHNABEL, Leandro *et al.* *A democracia antiliberal de Francisco Campos*. Anais do II Seminário Nacional Sociologia e Política. UFPR. Curitiba, 2010. < <http://www.seminariosociologiapolitica.ufpr.br/paginas/anais/1.html>>, acesso em 05.05.2012.

SANTOS, Rogério Dutra. *Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil*. Ano 50. Vol. 002. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007, p. 281-323.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Francisco Campos (1891 – 1968) – Uma releitura. In. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *As formas do Direito: Ordem, Razão e Decisão*. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Preaching Agaisnt The Earthquake. The Rise of State Intervention and the Resistance to It in Brazilian Constitutional and Administrative Law. *Giornale di Storia Costituzionale / Journal of Constitutional History*. 40/II, 2020, pp. 227-239.

STOLLEIS, Michael. *La historia del derecho como obra del arte*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Comares: Granada, 2009.

PINTO, Bilac. *Estudos de Direito Público*. Forense: Rio de Janeiro, 1953.

RECEBIDO EM: 11/02/2021
APROVADO EM: 15/05/2021

PERFIL DE INADIMPLÊNCIA DE CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA DE AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS

*DEFAULT PROFILE OF THE STOCK OF CREDITS FROM BRAZIL'S FEDERAL
AUTARCHIES AND PUBLIC FOUNDATIONS*

Murillo Cesar de Mello Brandão Filho¹

Elias Jacob Menezes Neto²

Caio Castelliano de Vasconcelos³

-
- 1 Graduação em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Procurador federal (categoria especial) - Advocacia-Geral da União.
 - 2 Mestre e Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
 - 3 Advogado da União. Doutor e Mestre em Administração pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito e em Administração pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Foi Visiting Scholar na Universidade de Colúmbia, em Nova York - EUA. Foi Assessor Especial na Casa Civil da Presidência da República, Diretor de Gestão Estratégica na Advocacia-Geral da União (AGU), Secretário de Gestão e Secretário Especial Adjunto de Desburocratização no Ministério da Economia. Vencedor do Prêmio Inovare 2020 - Categoria Advocacia.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Métodos e Materiais: Jurimetria e ciência de dados. 2. Referencial normativo da cobrança. 3. Pesquisa empírica: Coleta de dados e Sistema Sapiens/AGU. 4. Resultados e Discussão. Conclusão. Referências.

RESUMO: O objetivo do nosso estudo é investigar as características relevantes da inadimplência do estoque de créditos inscritos em dívida ativa de autarquias e fundações públicas federais no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte sob responsabilidade da Procuradoria-Geral Federal - PGF, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União – AGU. O valor dessa pesquisa está na investigação de medidas concretas que possibilitem eficiência de atuação na advocacia pública federal na recuperação de ativos, bem como efetividade na razoável duração de processos. Aplicamos a jurimetria como metodologia por meio de pesquisa empírica quantitativa e descritiva em face de um conjunto de dados oficiais extraídos do sistema AGU de inteligência jurídica SAPIENS. O tamanho do conjunto de dados, a falta de acesso total às informações e o fato de créditos de algumas Entidades ainda não serem geridos no SAPIENS impuseram limitações práticas à investigação, que restou delimitada aos recortes geográfico de devedores domiciliados no Estado do Rio Grande do Norte e temporal com dados de 04/2016 a 08/2020. Concluímos que as observações verificadas permitem a estruturação de padrões na dívida ativa, que denominamos de “perfil estratégico de inadimplência por quantidade (PEIQ)” através da identificação e agrupamento de características semelhantes de créditos diversos, podendo viabilizar, com isso, a elaboração de inferências e estratégias de atuação como instrumento para aperfeiçoamento da ordem jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Empirismo jurídico. Ciência de Dados. Perfil de Inadimplência. Ativos Públicos. Cobrança Administrativa. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: The objective of our study is to investigate the relevant characteristics of the default profile of the stock of credits of federal autarchies and public foundations within the scope of the State of Rio Grande do Norte still in the phase of administrative collection under the responsibility of the Brazil's Federal Attorney General - PGF, linked Brazil's agency the Attorney General's Office - AGU. The value of this research is in the investigation of concrete measures that enable the efficiency of federal public law in the recovery of assets, as well

as effectiveness in the reasonable duration of proceedings. We apply jurimetry as a methodology through quantitative and descriptive empirical research in the face of a set of official data extracted from the SAPIENS AGU system of legal intelligence. The size of the data set, the lack of full access to information and the fact that credits from some Entities are not yet managed in Sapiens system imposed practical limitations on the investigation, which remained limited to the geographical cutouts of debtors domiciled in the State of Rio Grande do Norte and temporal with data from 04/2016 to 08/2020. We conclude that the verified observations allow the structuring of a pattern, which we call “strategic profile of default by quantity (PEIQ) ‘through the identification and grouping of similar characteristics of different credits, thus making it possible to elaborate inferences and strategies acting as an instrument for improving the legal order.

KEYWORDS: Empirical Evidence. Data science. Default Profile. Public Credits. Collection Division. Brazil’s Attorney General’s Office.

INTRODUÇÃO

O modelo de cobrança e recuperação de créditos públicos utilizado no Brasil historicamente está ultrapassado e entrou em colapso. Os resultados alcançados por ele são pífios, morosos e dispendiosos, já que demandam alto investimento de recursos públicos para um retorno mínimo (CNJ, 2020) e (PGFN, 2020).

Ao longo de décadas, o poder executivo se limitou a transferir ao judiciário a maior parte da responsabilidade por tal atividade, ajuizando milhares de ações de execução fiscal sem tratamento preparatório de dados adequado, uso de inteligência fiscal, tecnologia ou rotina estratégica informativa capaz de potencializar a reassunção de tais valores ao Erário (IPEA, 2011 e 2012). Ao lado disso, dispendiosas estruturas burocráticas foram criadas no seio dos órgãos de cobrança, judicial e administrativa, para impulsionar a retomada do crédito fiscal. Todas com resultados diminutos e insatisfatórios (MELO, 2012).

A consequência tem sido desastrosa. 1) Impacto negativo na arrecadação do Fisco, 2) Desperdício de recursos públicos na atividade administrativa ineficiente e 3) Altíssimo volume de ações infrutíferas que congestionam drasticamente os juízos competentes em todo país. Para além disso, é preocupante o nível de estremecimento da confiança e

na busca por boa-fé objetiva necessárias à relação ética entre, de um lado, a sociedade civil, submetida compulsoriamente ao dever fundamental de pagar impostos, de outro, o Estado (fisco), incapaz de equacionar ou mitigar a inadimplência sistêmica e, no meio, cidadãos e empresas (contribuintes regulares), que honram adequada e espontaneamente suas obrigações, restando claramente prejudicados pela “concorrência” desleal e ilícita de parte de devedores e sonegadores contumazes (GOMES, 2009).

Esse desafio público é o contexto do nosso artigo e a relevância da pesquisa está na investigação das características da inadimplência de créditos inscritos em dívida ativa de Entidades Federais, no recorte mencionado.

A fonte primária da nossa pesquisa quantitativa e descritiva é virtual e tem origem nas bases eletrônicas de dados estruturados dos sistemas informáticos da Advocacia-Geral da União – AGU. O nosso objetivo principal é descrever estatisticamente o fenômeno jurídico da cobrança administrativa de créditos cadastrados no Sistema Sapiens de devedores domiciliados no Rio Grande do Norte e investigar o comportamento dos dados.

A crise econômica e as desigualdades sociais do Brasil exigem modernização e aperfeiçoamento permanente da máquina burocrática arrecadatória, de maneira que possam fazer mais com menos e priorizar programas, serviços e políticas públicas que funcionem de forma eficaz. Nesse passo, os estudos científicos baseados em análises de dados podem propiciar grandes oportunidades de evolução e aperfeiçoamento das atividades prestadas pela advocacia pública no Brasil.

O método indutivo empregado aqui busca por uma conclusão geral a partir das observações individuais das informações coletadas e que integram o *dataset* (tabela única) objeto da pesquisa. A matemática e a estatística descritiva e inferencial são ferramentas essenciais no enfrentamento desse desafio, pois auxiliam na preservação da neutralidade do estudo por meio da objetivação da modelagem de testes e da percepção quantitativa das características dos fatos esquadrihados em busca de tendências, similaridades, variações, bem como explicitar eventuais causalidades e dependências entre variáveis.

Neste trabalho, verificamos a possível existência de padrões juridicamente relevantes nos dados analisados, especialmente aqueles que

sejam capazes de proporcionar um refinamento na estratégia de cobrança da AGU, com o objetivo de potencializar a recuperação de créditos. A presente pesquisa observacional de dados empíricos propicia, assim, o conhecimento científico necessário ao aperfeiçoamento do fenômeno jurídico em questão por intermédio de identificação de evidências, associações, correlações e probabilidades até então ignoradas, pouco conhecidas ou não totalmente explicadas academicamente.

Pelo exposto, a aplicação desse método, através da jurimetria, justifica-se aqui na busca de respostas à seguinte questão: Quais as principais características do fenômeno da inadimplência de créditos inscritos em dívida ativa de Entidades Federais no Estado do Rio Grande do Norte?

1. MÉTODOS E MATERIAIS JURIMETRIA E CIÊNCIA DE DADOS

Consideramos juridicamente possível e desejável a utilização da base de dados cadastrais do Sapiens e do módulo Sapiens Dívida relacionada à cobrança e recuperação de créditos públicos, através de meio digital adequado, para realização de pesquisa científica em concreto haja vista que, potencialmente, esses dados podem capacitar o pesquisador a formular novos tipos de indagações, hipóteses e a usar métodos analíticos inovadores no estudo de questões críticas para a ciência, para a Advocacia-Geral da União - AGU e para toda a sociedade. Nesse sentido, é inegável a amplitude e o alcance da análise de dados para a ciência contemporânea.

Para isso, o caminho da pesquisa científica do fenômeno jurídico em concreto, testando hipóteses e buscando soluções, é razoável, proporcional e deve ser valorizado. O acesso e compartilhamento de dados públicos para viabilizar a pesquisa acadêmica, com as cautelas necessárias, contribui de forma significativa para que a ciência avance e maximize os investimentos aplicados na administração pública.

É importante consignar nesse caminho que, no tocante à Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o tratamento de dados pessoais é ressaltado, regra geral, da aplicação dessa norma quando realizado para fins exclusivamente acadêmicos (LGPD, Art. 4º, II, b), no entanto, ainda assim, é necessário respeitar a esta hipótese os requisitos e fundamentos específicos para manejo de dados, especialmente para execução de políticas públicas, para a realização de estudos e para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (LGPD, Arts. 7º e 11).

Desenvolver a ciência de dados para atuação jurídica é fundamental no âmbito das carreiras da advocacia pública federal. Incentivar membros da AGU, que já possuem formação jurídica, a adquirirem competência analítica e conhecimentos para tratar e analisar dados é um caminho estratégico para o desenvolver a própria AGU porque dados se transformam em informações e as informações se transformam em conhecimento jurimétrico útil à atuação da instituição.

A triangulação entre o problema a ser investigado, a técnica estatística a ser empregada e o tratamento de dados não é linear, sendo essencial que esse looping seja repetido seguidas vezes até estar perfeitamente encaixado, dando sustentação a um resultado que seja útil do ponto de vista prático e fundamentado do ponto de vista técnico. Para tanto, a jurimetria é utilizada como metodologia central na presente pesquisa.

Segundo Nunes (2019, p. 110-111) a aplicação de teorias probabilísticas da ciência estatística para observar, estudar e explicar o ordenamento jurídico e o decorrente sistema de justiça define jurimetria. Na mesma linha, Yeung (2017, p. 249) afirma que os métodos científicos baseados no empirismo são elementos centrais para definir a jurimetria, investigando o fenômeno jurídico através do ferramental da estatística, aplicado aos dados coletados da objetivação da realidade.

O centro de interesse da jurimetria é o direito efetivo posto no plano concreto da realidade. O desafio é compreender como a ordem jurídica funciona na prática e inferir regras gerais auxiliando no aperfeiçoamento da tomada de decisão jurídica, que tem em sua gênese um ato essencial de vontade humana. Nesse sentido, Nunes (op. Cit., p. 135) ensina que:

Jurimetria é uma ciência que tem o objetivo de descrever os fatores que interferem no funcionamento de uma ordem jurídica, notadamente na produção das normas e na identificação dos efeitos que elas produzem no comportamento social. Em uma frase, a Jurimetria almeja descrever em detalhes, preferencialmente mensurando, o Direito verdadeiro.

Segundo William Edwards Deming (1990), estatístico, consultor de gestão americano e idealizador do programa de qualidade total,⁴ as métricas

4 Para informações detalhadas sobre sua obra e também sobre o The W. Edwards Deming Institute: <https://deming.org/deming-articles/> e <https://deming.org/deming/deming-the-man>. Acesso em 21/09/2020.

são essenciais para o sucesso de uma atividade de gestão eficiente haja vista que não há como se administrar o que não se mede. Tal ideia pode bem representar a essência da jurimetria: substituir as evidências anedóticas, tais como, intuição pessoal, o saber convencional, os palpites, os achismos e as práticas burocráticas reiteradas, mas destituídas de validação, por algo potencialmente muito mais poderoso, eficaz e contundente, a evidência empírica científica.

A jurimetria é metodologia, nessa quadra, que se revela essencial para concretude da garantia fundamental de celeridade de tramitação dos processos, estabelecido no artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88, e ao princípio da eficiência, fixado no caput do artigo 37 da mesma Constituição. Para aperfeiçoamento de procedimentos no sentido de agilização de rotinas, faz-se necessário, antes de qualquer outra iniciativa, compreender detalhadamente a realidade.

Somente um método que investigue objetiva e numericamente as características, comportamentos, causas e consequências de atos e processos jurídicos pode ser capaz de possibilitar a gestão necessária às mudanças em busca celeridade, precisão e acurácia da tramitação processual. Nesse espírito, abordando as possibilidades que a pesquisa empírica possibilita, Yeung *et al* (2015, p. 18) afirmam que:

Este resultado abre caminho para uma agenda de pesquisa, com bases de dados que acompanhem os processos desde o primeiro momento da entrada no sistema, até a última decisão. Dessa forma seria possível mensurar com maior precisão as mudanças de entendimento para um mesmo caso, ao longo de todo trâmite judicial [...]

Individualizar, detalhar e medir os estímulos (incentivos e sanções) que a ordem jurídica provoca na sociedade podem ser vistos como um dos pilares de sustentação do próprio Estado de Direito no sentido de garantia da liberdade do indivíduo contra arbitrariedades, aperfeiçoamento da máquina burocrática, rápida e eficaz pacificação de conflitos e indução do comportamento humano ao estabelecido nas normas gerais. Nunes (2019, p.111) aborda esse fundamento da seguinte maneira:

Quanto mais próximo o comportamento efetivo das pessoas ficar do comportamento esperado (o que podemos chamar de aderência das leis à realidade), mais organizada será a sociedade e mais bem sucedida será a lei. Como resultado, a utilização da estatística no estudo dos comportamentos coletivos em função das normas jurídicas, seja para

entender como elas são produzidas ou, ainda, como se conformam à reação dos destinatários quando são aplicadas, permite não apenas uma compreensão sobre o funcionamento do Direito, mas, o que é mais importante, viabiliza a criação de modelos capazes de aproximar os resultados produzidos pela ordem jurídica das expectativas e aspirações da sociedade.

Isto posto, a jurimetria é utilizada na presente pesquisa quantitativa e descritiva como ferramenta para compreensão na prática do comportamento dos atos e processos jurídicos organizados em fases de cobrança administrativa.

2. REFERENCIAL NORMATIVO DA COBRANÇA

A Fazenda Pública possui prerrogativa de cobrar seus créditos (tributários e não-tributários) por meio específico estabelecido no procedimento de inscrição em dívida ativa e, em caso de resistência de pagamento pelo devedor, através de ajuizamento de ação de execução fiscal, regida pela Lei nº 6.830/1980.

No exercício do mister da cobrança amigável e judicial, é necessária a prévia constituição de créditos tributários (regidos pelo Código Tributário Nacional) e não-tributários (disciplinados pelas Leis nº 9.784/99, 9.873/99 e dispositivos legais específicos), já exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento sem adimplemento, através do procedimento administrativo de inscrição em dívida ativa, que segue o fundamento previsto no Art. 39 da Lei nº 4.320/1964. Sobre o tema, Paulsen, Ávila e Sliwka (2010, p. 159) explicam que

nem todo o crédito da Fazenda Pública pode ser inscrito em dívida ativa. Apenas aquele decorrente do poder de império, exercido na modalidade de poder de polícia ou de outra atividade legalmente conferida à autoridade de direito público, enquanto atividade típica e própria da entidade de direito público, ainda que outros créditos possam ser considerados no conceito amplo de receita pública. Destarte a origem do crédito, se não decorrente do poder de império, deverá ser ato ou contrato administrativo típico, sendo que outros créditos regem-se pelas normas comuns de responsabilidade civil disciplinada pelo direito privado.

No âmbito federal, a Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição de Estado que tem por função precípua representar, judicial

e extrajudicialmente, a União e suas autarquias e fundações, o que abrange os três Poderes da República e o Ministério Público da União, bem assim a competência de prestar consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo. Foi criada pelo Art. 131 da Constituição Federal de 1988 como função essencial à justiça e instituída pela Lei Complementar nº 73/93 não se vinculando, por isso, a nenhum dos três Poderes que representa.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à AGU, também com previsão constitucional, foi criada pela Lei nº 10.480/2002, com atribuição para exercer a representação judicial, extrajudicial, a consultoria e assessoramento jurídicos das autarquias e fundações públicas federais, bem como apurar a liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

Para executar as funções de apuração e inscrição da dívida e cobrança administrativa, a Equipe Nacional de Cobrança – ENAC⁵, unidade vinculada diretamente à Coordenação-Geral e Cobrança e Recuperação de Créditos – CGCOB em Brasília/DF, órgão de direção da Procuradoria-Geral Federal - PGF foi instituída para simplificar, desburocratizar e aumentar a eficiência e qualidade do gasto público na recuperação de ativos.

Para tanto, adotou-se uma estratégia inovadora de reengenharia da organização funcional, baseada na especialização de tarefas, exclusividade de atuação, alta performance na prestação de serviço por meios eletrônicos e resultados objetivamente mensuráveis, buscando aumentar os patamares de inscrição em dívida, protesto extrajudicial, conciliação, ajuizamento de execuções fiscais, parcelamentos, pesquisas de bens e de localização de devedores e incremento dos índices de recuperação de ativos públicos.

Com efeito, uma vez concluído regularmente o processo administrativo na Entidade federal competente, o crédito estará constituído definitivamente e o credor deve comunicar o devedor para pagamento. Caso seja feita a devida notificação e haja escoamento do prazo sem quitação, estará configurada a inadimplência.

A autarquias e fundações públicas deverão realizar os registros cabíveis no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor

5 Inicialmente, como projeto piloto pela Portaria PGF nº 614, de 31.08.2016, publicada no Boletim de Serviço nº 36 de 05.09.2016, Ano XXIII e, em caráter permanente e definitivo, pela Portaria PGF nº 829, de 08.11.2018, publicada no Boletim de Serviço nº 48 de 26.11.2018, Ano XXV.

Público Federal – Cadin e remeter o respectivos processos e créditos para a Procuradoria-Geral Federal para fins de cobrança extrajudicial ou judicial, conforme determina o Decreto nº 9.194/2017.

A partir de então, a Procuradoria-Geral Federal - PGF assume a integral gestão do crédito, independentemente da adoção das providências administrativas pendentes ou da existência de decisão judicial que impeça o registro contábil ou a inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes.

Na inscrição em dívida, liquidez, certeza e exigibilidade são os três requisitos necessários para apuração e controle de legalidade feito pela advocacia pública competente e, uma vez presentes, escrituração e inserção do débito nos registros contábeis e orçamentários da Fazenda Pública credora. Assim, somente no caso de controle positivo de legalidade, o montante é inscrito em dívida, que deverá ser registrado como receita do exercício em que for arrecadado, abrangendo, além dos valores principais, aqueles correspondentes à atualização monetária, à multa, juros de mora e encargos legais. Nesse ponto, Santana (2012, n.p) é esclarecedor ao ensinar que:

Note-se ainda o importante papel desempenhado pela Advocacia Pública, pois cabe a ela apurar e inscrever os créditos em Dívida Ativa. O Advogado Público é o responsável pela apuração final do processo administrativo de constituição do crédito, verificando se foram respeitados todos os princípios acima analisados, especialmente os relacionados à legalidade do procedimento de constituição e seus corolários, ampla defesa e contraditório. De outro lado, a atuação da Advocacia Pública pode se dar também de forma preventiva, quando apresenta a sua manifestação durante o curso do processo de constituição do crédito. Esta manifestação pode se dar por expressa disposição normativa, como etapa obrigatória do processo de constituição, ou tão somente para sanar dúvida jurídica devidamente fundamentada.

O procedimento administrativo de inscrição em dívida, dessa forma, formaliza e constitui unilateralmente pela Fazenda um título executivo extrajudicial, a certidão de dívida ativa - CDA, que autoriza e instrumentaliza o ajuizamento da ação de execução fiscal - EF.

3. PESQUISA EMPÍRICA: COLETA DE DADOS E SISTEMA SAPIENS/AGU

Conhecer o direito de baixo para cima através da observação de evidências individuais em busca de regras comuns e gerais é a essência

do método indutivo (CASTRO, 2017). Pesquisa empírica é a observação científica executada em face de evidências concretas e verificáveis de um determinado objeto ou fenômeno.

O foco pesquisado no presente artigo está no conjunto de dados eletrônicos extraídos do sistema SAPIENS. Na definição apresentada pela Advocacia-Geral da União (2019, on-line) esse sistema é tido como:

um Gerenciador Eletrônico de Documentos (GED) que possui avançados recursos de apoio à produção de conteúdo jurídico e de controle de fluxos administrativos, focado na integração com os sistemas informatizados do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Procura simplificar rotinas e expedientes, além de auxiliar, com suas ferramentas de inteligência, no Processo de tomada de decisão e na elaboração de documentos.

O SAPIENS unifica e relaciona os elementos constantes dos Processos administrativos, inclusive dossiês judiciais, colocando a AGU definitivamente na era da virtualização e do processo administrativo eletrônico.

Promove a orquestração dos vários sistemas informatizados da administração pública, de forma transparente para o Usuário. Gerencia e oportuniza a adoção de modelos e teses de direito padronizadas em âmbito nacional, de forma a tornar coesa a atuação dos Advogados Públicos Federais em todo o território nacional e em todas as instâncias.

O SAPIENS é híbrido, isto é, comporta documentos digitais e documentos físicos. Inclui operações como: captura de documentos, aplicação do plano de classificação, controle de versões, controle sobre os prazos de guarda e destinação, armazenamento seguro e procedimentos que garantam o acesso e a preservação a médio e longo prazo de documentos arquivísticos digitais e não digitais confiáveis e autênticos.

No caso dos documentos digitais, o SAPIENS abrange todos os tipos de documentos arquivísticos da AGU, ou seja, textos, imagens, vídeos, gravações sonoras, mensagens de correio eletrônico, páginas web, bases de dados, dentre outras possibilidades de um vasto repertório de diversidade crescente.

Existe um módulo específico de dívida ativa no SAPIENS, que entabula grande quantidade de registros eletrônicos em banco de dados estruturado, contendo informações jurídicas, administrativas e processuais sobre a cobrança e recuperação de créditos das autarquias e fundações públicas federais. Tal algoritmo permite a comunicação, gerenciamento e transição do fluxo de cobrança da dívida com controle e integração com outros sistemas eletrônicos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

As vantagens de se utilizar dados oficiais estruturados na pesquisa são a qualidade e representatividade da informação, a profundidade das conclusões e estimativas e, ainda, a íntima aproximação da observação acadêmica com a realidade do objeto. (MORETTIN, 2020).

Com esse escopo, foi extraída amostra de dados do Sapiens. Em seguida, as informações foram organizadas de forma bruta em planilhas eletrônicas. O tratamento e as análises subjacentes ocorreram através de ferramentas dinâmicas do programa Microsoft Excel, possibilitando descobertas estatísticas sobre o fenômeno jurídico examinado.

Na análise, foram feitos os seguintes recortes: 1) créditos públicos em aberto (não pagos) sob responsabilidade da Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União; 2) devedores domiciliados no Estado do Rio Grande do Norte; 3) dados extraídos exclusivamente do módulo dívida ativa do sistema AGU de inteligência jurídica Sapiens; e 4) créditos cadastrados no sistema e inscritos em dívida ativa de 01/01/2016 até 23/08/2020.

O estoque de dívida ativa observado na nossa pesquisa se refere exclusivamente a créditos ativos, ou seja, inscritos em dívida ativa e não pagos até 23/08/2020. Não fazem parte do estudo créditos extintos (por pagamento ou prescrição) e cancelados (por decisão administrativa, decisão judicial ou autotutela nos casos de erro administrativo).

Importante relatar que existem algumas Entidades Federais que são de responsabilidade da Procuradoria-Geral Federal – PGF, mas que ainda não possuem créditos inseridos no Sapiens Dívida. São elas: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO, Agência Nacional de Mineração – ANM e Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Por essa razão, os créditos de tais Entidades não fazem parte da presente pesquisa. No mesmo sentido, há Entidades que, mesmo com créditos geridos atualmente pelo Sapiens, ainda

possuem créditos anteriores inscritos em dívida ativa em seus sistemas próprios ou manualmente em livros físicos de registro. Esses créditos também não fazem parte do nosso estudo.

Esse conjunto de dados autocontido foi formatado em uma única tabela eletrônica e congrega todas as informações necessárias para nossas análises e testes. A população foi observada através de 19 (dezenove) variáveis específicas, todas relacionadas a créditos vencidos e não pagos, cadastrados no Sapiens e inscritos em dívida ativa pela Procuradoria-Geral Federal através da Equipe Nacional de Cobrança – ENAC até 23/08/2020.

O total original de indivíduos era de 4.538. Todavia, em 141 deles, as variáveis Município e Estado estavam sem informação. Após uma análise pormenorizada de cada uma das observações com ausência de dados, foi possível extrair as informações faltantes de 38 processos. Os outros 103 foram excluídos, pois identificamos aparente erro operacional, uma vez que os seus devedores não tinham como domicílio principal o Estado do Rio Grande do Norte.

Também excluímos outros cinco créditos que possuem data de cadastramento mais antiga do que a de vencimento. Essa situação específica ocorre quando a Entidade credora conclui o processo administrativo e envia para a ENAC, que faz o cadastramento do crédito no Sapiens, mas, logo em seguida, constata a existência de vício sanável nos autos. Em razão disso, o processo é devolvido para a Entidade para fins de saneamento. Com o saneamento, o processo retorna pela segunda vez para a Equipe de Cobrança. Porém, o Sapiens não atualiza a data originária do cadastramento do crédito. Na sequência, a ENAC faz os ajustes cabíveis nos parâmetros do crédito que já estava cadastrado inicialmente e procede à inscrição em dívida ativa.

Feito isso, delimitamos o conjunto de dados em 4.430 indivíduos, distribuídos em 28 Entidades credoras titulares dos ativos, sendo organizadas em quatro subgrupos por afinidade de atribuição institucional para fins de observação: Agências Reguladoras, IFES, Institutos e Outros. Os dois quadros gerais do conjunto de dados objeto do estudo são os seguintes:

Quadro 01 – Total de créditos de devedores domiciliados no RN, cadastrados no Sapiens, inscritos em dívida ativa, não quitados até 23/08/2020, por espécie de crédito.

Grupo	Entidade Credora	Espécie de Crédito	N
AGÊNCIAS REGULADORAS	ANAC	ANAC - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	22
		MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
		RESSARCIMENTO AO ERARIO	1
	ANCINE	ANCINE - CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA - CONDECINE OBRA ^A	2
		ANCINE - CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA - CONDECINE TELI	68
		ANCINE - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	20
	ANEEL	ANEEL - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	3
	ANP	ANP - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	76
	ANS	ANS - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - MULTA PECUNIÁRIA DA LEI 9.656/1998	41
		ANS - TAXA POR ALTERAÇÃO DE DADOS DA OPERADORA - TAO	1
	ANTAQ	ANTAQ - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	8
	ANTT	ANTT - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS	1657
		ANTT - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS	1
		ANTT - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PAGAMENTO ELETRONICO FRETE	40
		ANTT - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TRANSPORTE RODOVIÁRIO - EXCESSO DE PESC	109
		ANTT - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TRANSPORTE RODOVIÁRIO - RNTRC	655
		ANTT - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TRANSPORTE RODOVIÁRIO - VALE PEDÁGIC	13
		ANTT - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TRANSPORTE RODOVIÁRIO NACIONAL - PRODUTOS PERIGOSOS	15
		MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
	AGÊNCIAS REGULADORAS	ANVISA - CMED MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	2
		ANVISA - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	15
		CADE - MULTA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	35
		CVM - MULTA COMINATÓRIA	8
		CVM - MULTA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	2
		CVM - TAXA DE FISCALIZAÇÃO	126
IFES	PREVIC	PREVIC - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	2
		CNPQ - RESSARCIMENTO AO ERARIO DECORRENTE DE DECISÃO DO TCU	6
	CNPQ	RESSARCIMENTO AO ERARIO	67
		FUB - MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
	IFPB	MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
	IFRN	MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	2
		REPOSIÇÃO OU INDENIZAÇÃO DE SERVIDOR	1
	UFCG	REPOSIÇÃO OU INDENIZAÇÃO DE SERVIDOR	1

IFES	UFGD	MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
	UFRN	MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
		REPOSIÇÃO OU INDENIZAÇÃO DE SERVIDOR	11
		RESSARCIMENTO AO ERARIO	7
	UFVJM	MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
	UNIFAL	MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
INSTITUTOS	UNIVASF	MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
	ICMBIO	ICMBIO - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	7
	INCRA	RESSARCIMENTO AO ERARIO DECORRENTE DE DECISÃO DO TCU	1
	IPHAN	IPHAN - MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	1
OUTROS	DNIT	DNIT - MULTA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA EXCESSO DE VELOCIDADE	258
		DNIT - MULTA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA EXCESSO PESO	712
		MULTA POR INFRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	1
		RESSARCIMENTO AO ERARIO	2
	DNCOS	RESSARCIMENTO AO ERARIO DECORRENTE DE DECISÃO DO TCU	10
		FNDE	
	FNDE	FNDE - RESSARCIMENTO AO ERARIO DECORRENTE DE DECISÃO DO TCU	341
	FUNASA	FUNASA - RESSARCIMENTO AO ERARIO DECORRENTE DE DECISÃO DO TCU	52
		REPOSIÇÃO OU INDENIZAÇÃO DE SERVIDOR	1
		RESSARCIMENTO AO ERARIO	7
		RESSARCIMENTO DE CONVENIOS	11

Quadro 02 – Total de créditos de devedores domiciliados no RN, cadastrados no Sapiens, inscritos em dívida ativa, não quitados até 23/08/2020, por grupo de Entidades.

Grupo	N	Valor
AGÊNCIAS REGULADORAS	2924	R\$ 160.460.429,83
IFES	102	R\$ 2.285.126,24
INSTITUTOS	9	R\$ 213.336,32
OUTROS	1395	R\$ 24.016.995,46
TOTAL	4430	R\$ 186.975.887,85

Fonte: Sapiens Dívida/AGU, 2020

Aprofundado a observação, investigamos o conjunto de dados nas seguintes perspectivas: 1) de Entidades credoras individualmente; 2) de grupos de Entidades credoras; 3) de espécies de créditos; 4) do domicílio do devedor; e 5) da natureza jurídica do devedor.

O foco do exame foi a busca de evidências que permitissem estruturação de um perfil estratégico de inadimplência por quantidade (PEIQ), ou seja, na identificação de um alvo padrão, e relevante pelo volume, a ter a cobrança priorizada pela advocacia pública federal em razão da alta concentração de créditos não quitados no universo do Estado do Rio Grande do Norte.

Nesse contexto, consideramos essencialmente o PEIQ como uma representação de medidas estatísticas de posição (média e mediana) e dispersão (amplitude, variância e desvio padrão) de créditos ativos (ainda não quitados) no período de 04/2016 a 08/2020 apta a possibilitar uma atuação estratégica e eficiente das atividades de cobrança do crédito fiscal.

As medidas de posição e dispersão são uma convenção humana para representar estatisticamente o resultado da estimativa numérica das grandezas de um conjunto de dados sob observação, ou seja, quantidade (tamanho), espaço (localização) e dimensão (agrupamento). Elas são instrumentos de sumarização e simplificação da informação contida nos dados, apresentando valores que sejam representativos do conjunto inteiro sob observação, bem como permitem a análise significativa dos fenômenos subjacentes (MORETTIN, 2010).

O resultado esperado é a exibição das linhas gerais do comportamento da distribuição de dados de uma amostra, valores centrais, valores extremos, dispersão e assimetria, ou seja, é a sintetização da informação contida no conjunto de dados objeto da pesquisa.

É importante consignar, no entanto, que a medição da grandeza de um objeto é apenas uma estimativa numérica do seu valor. Regra geral, a medição da grandeza não representa o seu valor verdadeiro (exato e absoluto). Por essa razão, é fundamental estabelecer quão boa é esta estimativa, isto é, aferir quão longe o resultado da medição pode estar do valor real da grandeza medida. Além disso, também é essencial esclarecer os níveis de segurança de que o valor verdadeiro da grandeza esteja nesse intervalo estimado, ou seja, o estabelecimento do nível de confiança da pesquisa.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para estruturação do modelo observacional e compreensão da descrição do perfil estratégico de inadimplência por quantidade (PEIQ) das informações extraídas do Sistema Sapiens, sintetizamos as tabelas que seguem comentadas.

Utilizando a dimensão da quantidade de créditos (N) e do montante devido (V\$), por Entidade credora, as medidas de posição central⁶ que especificam o grau de homogeneidade da distribuição dos indivíduos do conjunto de dados se revelam significativamente díspares. A Mediana, posição central da série de observações ordenada, está em 9 créditos e R\$ 199.426,92. A Média, soma das observações dividida pelo número total delas, em 158,21 créditos e R\$ 6.677.710,28.

No tocante às medidas de dispersão, que apontam o grau de variabilidade da distribuição de indivíduos, verificamos a Amplitude, diferença entre o menor e o maior indivíduo, em 2.490 créditos e R\$ 138.434.827,95. A Variância, quanto menor é a variância, mais próximos os valores estão da média, está em 236228,6684 (N) e 6,53125E+14 (R\$). Por último, o Desvio-padrão, que revela o quanto o conjunto de dados é uniforme e próximos da média, ou seja, quanto mais próximo de 0 (zero) for o desvio padrão, mais homogêneo são os dados e, com isso, menos diferentes os dados serão entre si, está em cerca de 486 créditos e R\$ 25.5 milhões. É relevante destacar que tanto a Média como a Amplitude estão sendo fortemente impactadas pelo montante devido nos créditos do CADE (R\$ 138.437.866,71). Sem eles, a Média seria reduzida em 4 vezes e a Amplitude em 13.

Com base na aferição dessas medidas, concluímos que existe uma relevante pulverização da distribuição de dados. Por esse motivo, é estratégico identificar padrões e semelhanças nesse mesmo conjunto de dados a fim de possibilitar uma eficiente atuação da advocacia pública, sob pena de uma indesejada e improdutiva dispersão nas atividades de recuperação de ativos.

As observações feitas no presente estudo identificam as seguintes características dos créditos inadimplidos no RN que, em conjunto, estruturam o perfil estratégico de inadimplência por quantidade (PEIQ) no âmbito de créditos de Entidades federais no âmbito desse Estado, como forma de potencializar a recuperação do crédito.

6 Também chamadas de medidas de localização ou tendência central.

Tabela 1 – Créditos de devedores domiciliados no RN, cadastrados no Sapiens, inscritos em dívida ativa, não quitados até 23/08/2020, por Entidade credora, por quantidade de créditos (N) e Valor (R\$).

Entidade	Grupo de observação	N	%(N)	Valor	%(V\$)
CADE	AGÊNCIAS REGULADORAS	35	0,7901	R\$ 138.437.866,71	74,0405
ANTT	AGÊNCIAS REGULADORAS	2491	56,2302	R\$ 10.829.604,53	5,7920
FNDE	IFES	341	7,6975	R\$ 10.657.062,88	5,6997
FUNASA	OUTROS	71	1,6027	R\$ 9.634.806,34	5,1530
ANS	AGÊNCIAS REGULADORAS	42	0,9481	R\$ 4.931.729,16	2,6376
ANP	AGÊNCIAS REGULADORAS	76	1,7156	R\$ 2.928.699,91	1,5664
DNOCS	OUTROS	10	0,2257	R\$ 2.628.971,31	1,4060
CNPQ	IFES	73	1,6479	R\$ 1.904.484,64	1,0186
ANCINE	AGÊNCIAS REGULADORAS	90	2,0316	R\$ 1.177.421,26	0,6297
DNIT	OUTROS	973	21,9639	R\$ 1.096.154,93	0,5863
ANVISA	AGÊNCIAS REGULADORAS	17	0,3837	R\$ 896.468,27	0,4795
ANTAQ	AGÊNCIAS REGULADORAS	8	0,1806	R\$ 544.192,91	0,2910

ANEEL	AGÊNCIAS REGULADORAS	3	0,0677	R\$ 257.636,46	0,1378
CVM	AGÊNCIAS REGULADORAS	136	3,0700	R\$ 205.406,87	0,1099
ANAC	AGÊNCIAS REGULADORAS	24	0,5418	R\$ 193.446,97	0,1035
UFRN	IFES	19	0,4289	R\$ 187.394,41	0,1002
ICMBIO	INSTITUTOS	7	0,1580	R\$ 86.060,64	0,0460
IFRN	IFES	3	0,0677	R\$ 83.826,57	0,0448
IPHAN	INSTITUTOS	1	0,0226	R\$ 66.588,06	0,0356
INCRA	INSTITUTOS	1	0,0226	R\$ 60.687,62	0,0325
PREVIC	AGÊNCIAS REGULADORAS	2	0,0451	R\$ 57.956,78	0,0310
UNIVASF	IFES	1	0,0226	R\$ 26.526,07	0,0142
UFGD	IFES	1	0,0226	R\$ 25.148,53	0,0135
FUB	IFES	1	0,0226	R\$ 21.390,83	0,0114
UFCG	IFES	1	0,0226	R\$ 12.911,83	0,0069
UFVJM	IFES	1	0,0226	R\$ 10.616,84	0,0057
IFPB	IFES	1	0,0226	R\$ 9.787,76	0,0052
UNIFAL	IFES	1	0,0226	R\$ 3.038,76	0,0016
TOTAL		4430	100,00	R\$ 186.975.887,85	100,00

Fonte: Sapiens Dívida/AGU, 2020.

Os créditos da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT têm grande relevância no Rio Grande do Norte pois representam sozinhos mais da metade da inadimplência pelo critério da quantidade de créditos. A Entidade possui 2.491 créditos com valor consolidado de R\$ 10.829.604,53. Essa quantidade representa 56,23% de todo o volume numérico da dívida federal no RN, mas apenas 5,79% quando se analisa a quantia devida.

Já em outra perspectiva, quando se analisa apenas a variável valor, percebe-se que são os 35 (trinta e cinco) créditos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE que possuem prioridade ainda mais significativa no RN haja vista que consubstanciam 74,04% do total do valor devido, ou seja, em termos de valor pendente de pagamento, essa Entidade possui alta significância na atividade de recuperação de ativos: Os 35 créditos ativos (somente 0,79% da quantidade de créditos) significam R\$ 138.437.866,71 (74,04 da quantia total devida).

Faz muito sentido priorizar a cobrança dos créditos da ANTT e do CADE. Juntas, essas duas Entidades representam 57,02% da quantidade de créditos e 79,83% do montante devido. Essa conclusão é confirmada pelas observações consolidadas nas Tabelas 2 e 3. Quando as Entidades são agrupadas por afinidade de atuação e quando os créditos são agrupados por espécie, as observações continuam a expressar alta relevância nas variáveis quantidade (N) e Valor (R\$) em face da ANTT e do CADE, ambas na condição de agências reguladoras e titulares majoritariamente de créditos decorrentes de infrações ao poder de polícia diante da prerrogativa de regulação do mercado.

Tabela 2 – Créditos de devedores domiciliados no RN, cadastrados no Sapiens, inscritos em dívida ativa, não quitados até 23/08/2020, por grupos de Entidades credoras.

Grupo de observação	N	% (N)		Valor	% (V\$)
AGÊNCIAS REGULADORAS	2924	66,00	R\$	160.460.429,83	85,82
OUTROS	1395	31,49	R\$	24.016.995,46	12,84
IFES	102	2,30	R\$	2.285.126,24	1,22
INSTITUTOS	9	0,20	R\$	213.336,32	0,11
TOTAL	4430	100	R\$	186.975.887,85	100

Fonte: Sapiens Dívida/AGU, 2020

Tabela 3 – Créditos de devedores domiciliados no RN, cadastrados no Sapiens, inscritos em dívida ativa, não quitados até 23/08/2020, por grupo de espécies de crédito.

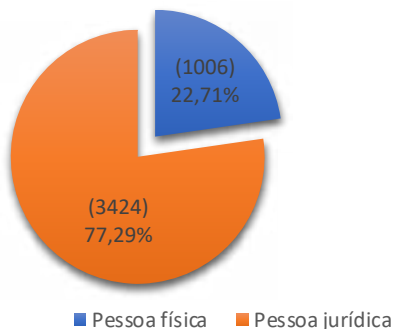
Natureza do crédito fiscal	N	%		Valor	% (V\$)
Infração ao poder de polícia	3702	83,57	R\$	160.893.453,85	86,05
Ressarcimento por dano ao Erário	519	11,72	R\$	25.212.098,88	13,48
Tributário	197	4,45	R\$	121.826,39	0,07
Infração contratual	12	0,27	R\$	748.508,73	0,40
TOTAL	4430	100	R\$	186.975.887,85	100

Fonte: Sapiens Dívida/AGU, 2020

No tocante ao exame de priorização de atuação por área geográfica no âmbito dos Municípios do RN, as observações constataram a necessidade de uma atuação da advocacia pública federal centralizada e homogênea por todo Estado haja vista que 1) 56,41% da quantidade de créditos (N) devidos são de devedores domiciliados em Natal; 2) 12,66%, em Mossoró; e 3) 30,93%, espalhados pelos 165 demais Municípios da Unidade Federativa. Por outro lado, quando a variável filtrada passa a ser os montantes dos valores devidos (V\$), Mossoró concentra 51,78% do estoque da dívida; Natal, 20,14% e os demais 165 Municípios, 28,08%.

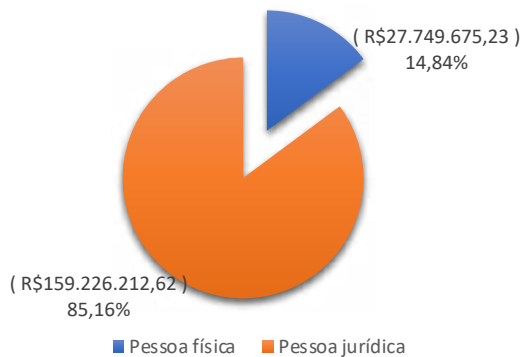
Analizamos ainda a distribuição de dados a partir da perspectiva da natureza jurídica dos devedores. Os gráficos abaixo demonstram que 77,29% da quantidade de créditos (N) e 85,16% do montante devido (V\$) são de pessoas jurídicas.

Gráfico 1 - Quantidade de créditos (N)



Fonte Sapiens Dívida/AGU, 2020

Gráfico 2 - Montante devido (V\$)



Fonte: Sapiens Dívida/AGU, 2020

Ampliando essa dimensão, o estudo identificou e fez o ranking dos 10 maiores devedores por quantidade de créditos (N) e por montante devido (V\$), na segunda tabela. Os dados revelam a existência de um consistente grupo de devedores prioritários no Estado potiguar. Em razão do sigilo fiscal, fizemos a anonimização das informações.

Os 10 (dez) maiores devedores por quantidade de créditos representam 45,37% (2.010 créditos e R\$ 30.883.609,76) do total. As oito primeiras

posições desse grupo são ocupadas por pessoas jurídicas. O maior devedor por essa perspectiva é a “PESSOA JURÍDICA 549”. Ela representa sozinha 27,22% (1.206) do total de créditos.

De outra forma, os 10 (dez) maiores devedores por valor de dívida consubstanciam 67,92% do total (1.331 créditos e R\$ 126.985.827,59). Esse grupo é formado exclusivamente por pessoas jurídicas e o maior devedor é a “PESSOA JURÍDICA 111”. Ela possui apenas 1 (um) crédito no valor de R\$ 28.403.379,53, 15,19% do total.

Tabela 4 – Créditos de devedores domiciliados no RN, cadastrados no Sapiens, inscritos em dívida ativa, não quitados até 23/08/2020, por maiores devedores em relação a quantidade de créditos (N). Dados pessoais anonimizados em razão de sigilo fiscal.

Maiores Devedores por N	N	Valor	
PESSOA JURÍDICA 549	1206	R\$	6.742.119,27
PESSOA JURÍDICA 66	233	R\$	1.386.360,21
PESSOA JURÍDICA 250	105	R\$	24.618,60
PESSOA JURÍDICA 229	89	R\$	21.295.677,47
PESSOA JURÍDICA 356	73	R\$	30.893,37
PESSOA JURÍDICA 331	64	R\$	29.507,30
PESSOA JURÍDICA 154	63	R\$	31.043,09
PESSOA JURÍDICA 173	62	R\$	13.357,86
PESSOA FÍSICA 278	59	R\$	559.668,17
PESSOA FÍSICA 363	56	R\$	770.364,42
TOTAL	2010	R\$	30.883.609,76

Fonte: Sapiens Dívida/AGU, 2020

Tabela 5 – Créditos de devedores domiciliados no RN, cadastrados no Sapiens, inscritos em dívida ativa, não quitados até 23/08/2020, por maiores devedores em relação ao valor da dívida consolidada (N). Dados pessoais anonimizados em razão de sigilo fiscal.

Maiores Devedores por Valor	N		Valor
PESSOA JURÍDICA 111	1	R\$	28.403.379,53
PESSOA JURÍDICA 229	89	R\$	21.295.677,47
PESSOA JURÍDICA 186	1	R\$	16.305.941,45
PESSOA JURÍDICA 532	13	R\$	14.881.185,83
PESSOA JURÍDICA 442	9	R\$	10.851.825,40
PESSOA JURÍDICA 495	1	R\$	8.364.195,92
PESSOA JURÍDICA 491	1	R\$	7.515.259,46
PESSOA JURÍDICA 492	1	R\$	7.515.259,46
PESSOA JURÍDICA 549	1206	R\$	6.742.119,27
PESSOA JURÍDICA 298	9	R\$	5.110.983,80
TOTAL	1331	R\$	126.985.827,59

Fonte: Sapiens Dívida/AGU, 2020

Todas as análises acima indicam a possibilidade de se estruturar um perfil estratégico de inadimplência por quantidade (PEIQ) no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte capaz revelar, com acurácia, um alvo a ser cobrado prioritariamente pela advocacia pública federal em razão das características semelhantes, homogêneas e provavelmente não aleatórias dos indivíduos que constituem tal grupo.

Quadro 03 – Perfil estratégico de inadimplência por quantidade (PEIQ) de créditos de Entidades federais geridas no Sapiens no âmbito do Rio Grande do Norte.

VARIÁVEL	PRIORIDADE ESTRATÉGICA	N	%(N)	VALOR	%(V\$)
ENTIDADE CREDORA COM MAIOR QUANTIDADE DE CRÉDITOS ATIVOS	ANTT	2491	56,23	R\$ 10.829.604,53	5,79
ENTIDADE CREDORA COM MAIOR MONTANTE DEVIDO	CADE	35	0,79	R\$ 138.437.866,71	74,04
GRUPO DE ENTIDADES CREDORAS	AGÊNCIAS REGULADORAS	2924	66	R\$ 160.460.429,83	85,82
ESPÉCIE DE CRÉDITO	INFRAÇÃO AO PODER DE POLÍCIA	3702	83,57	R\$ 160.893.453,85	86,05
NATUREZA JURÍDICA DO DEVEDOR	PESSOA JURÍDICA	3424	77,29	R\$ 159.226.212,62	85,16
MAIORES DEVEDORES POR QUANTIDADE DE CRÉDITOS ATIVOS	RANKING 10(N)	2010	45,37	R\$ 30.883.609,76	16,52
MAIORES DEVEDORES POR VALOR DEVIDO	RANKING 10(V\$)	1331	30,74	R\$ 126.985.827,59	67,92

Fonte: Sapiens Dívida/AGU, 2020

Diante de tudo que foi apresentado e om base nas evidências acima, admitimos que é possível identificar um grupo estratégico de características homogêneas nos créditos não quitados de Entidades federais no âmbito do Rio Grande do Norte.

CONCLUSÃO

O nosso estudo demonstra o potencial de ganhos trazidos pela análise de dados no seio da advocacia pública federal em prol de aperfeiçoamento dos mecanismos de recuperação de créditos.

A pesquisa sob comento, aplicando a metodologia da jurimetria através do método indutivo e de análise empírica quantitativa e descritiva em face de um conjunto de dados oficiais extraídos do Sistema Sapiens/AGU, afirma ser possível observar um padrão estruturado de inadimplência de créditos de Entidades federais, que denominamos “perfil estratégico de inadimplência por quantidade (PEIQ)”, que indica com acurácia um possível alvo a ser cobrado prioritariamente em razão da relevância (concentração de créditos ainda não quitados) identificada no universo do Estado do Rio Grande do Norte.

Em razão dessa evidência científica, concluímos ser potencialmente estratégico refinar a estratégia de cobrança da Procuradoria-Geral Federal - PGF por meio da pesquisa e estruturação de amplos perfis de inadimplência, objetivando potencializar a recuperação de ativos públicos e aperfeiçoando, em decorrência disso, a máquina pública e a ordem jurídica em busca da efetividade do Princípio constitucional da Eficiência e da garantia fundamental da celeridade na tramitação de processos.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). *SapiensWiki*. Brasília, 2019. Disponível em: http://sapienswiki.agu.gov.br/index.php?title=P%C3%A1gina_principal&oldid=2408. Acesso em: 23.02.2021

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02.09.2020.

_____. Decreto nº 9.194, de 7 de novembro de 2017. *Dispõe sobre a remessa de créditos constituídos pelas autarquias e fundações públicas federais para a Procuradoria-Geral Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9194.htm. Acesso em: 02.09.2020.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, (Recepcionada como Lei Complementar). *Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm. Acesso em: 02.09.2020.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, (Recepcionada como Lei Complementar). *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 02.09.2020.

_____. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. *Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 02.09.2020.

_____. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. *Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 02.09.2020.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 02.09.2020.

_____. Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999. *Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm. Acesso em: 02.09.2020.

_____. Lei nº 10.480, de 02 de julho de 2002. *Cria a Procuradoria-Geral Federal e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10480compilado.htm. Acesso em: 02.09.2020.

CASTRO, Alexandre Samy de. *O método quantitativo na pesquisa em direito*. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Reed, 2017. Cap. 2. p. 39-82.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>. Acesso em: 02.09.2020.

_____. *Inter-relações entre o processo administrativo e judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa: relatório final*. v.1. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Conselho Nacional de Justiça, 2011b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_ufrgs_educal1_2009.pdf. Acesso em: 02.09.2020

_____. *Justiça em números 2020: indicadores do Poder Judiciário – Panorama do Judiciário brasileiro*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 02.09.2020.

DEMING, William Edwards. *Qualidade: A Revolução da Administração*. São Paulo: Marques Saraiva, 1990.

GOMES, Marcus Lívio. *Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho?* Revista CEJ / Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Ano XIII. n.45. Brasília: Conselho da Justiça Federal, abr./jun. 2009, p.86-101.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*. Comunicados do IPEA. nº 127. Brasília: IPEA, jan. 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4460?locale=pt_BR. Acesso em 02.09.2020.

_____. *Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal*. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 02.09.2020.

MELO, Carlos Francisco Lopes Melo. *Execução fiscal administrativa à luz da Constituição Federal*. Revista da AGU – Advocacia-Geral da União. Ano X. n. 31. Brasília-DF, jan./mar. 2012, p.109-142.

MORETTIN, Pedro Alberto. *Estatística Básica*/Pedro A. Morettin, Wilton O. Bussab. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MORETTIN, Pedro Alberto. *Introdução à ciência de dados*/Pedro A. Morettin, Julio M. Singer. São Paulo: USP, 2020.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: Como a estatística pode reinventar o direito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2019.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergman; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito Processual Tributário – Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 6 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN). *PGFN em Números 2020 (Ano-Base 2019)*. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020>. Acesso em 03.09.2020.

SANTANA, Rafael Gomes de. *Princípios do Direito Administrativo e a constituição de créditos não tributários pela Administração Pública*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3420, 11 nov. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22989>. Acesso em: 02.09.2020.

WHEELAN, Charles. *Estatística: o que é, para que serve, como funciona* / Charles Wheelan; tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

YEUNG, Luciana. *Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais*. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Reed, 2017. Cap. 8. p. 249-274.

YEUNG, Luciana. *Além dos “Achismos”, do Senso Comum e das Evidências Anekdoticas: uma Análise Econômica do Judiciário Brasileiro*, *Dissertação de Mestrado*. Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8313/LucinaYeung..pdf?sequence=5&isAllowed=y> – Acesso em: 01.09.2020.

YEUNG, L.; Azevedo, P.F. (2015). *Nem Robin Hood nem King John: testando o viés anti-credor e anti-devedor dos magistrados brasileiros*. *Economic Analysis of Law Review*, 6 (1), pp. 1–12.

RECEBIDO EM: 20/07/2021
APROVADO EM: 30/05/2022

UMA ANÁLISE DA TEORIA DO DISCURSO EM FACE DA REALIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

*AN ANALYSIS OF DISCOURSE THEORY IN THE FACE OF BRAZILIAN
DEMOCRATIC REALITY*

Murillo Franco Camargo¹

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Teoria do discurso de Jürgen Habermas. 2. Críticas à teoria do discurso. 2.1. A incompatibilidade da teoria do discurso com a realidade brasileira. 2.2. Demonstração prática a partir da Lei 13.467/2017 sobre a inaplicabilidade da

-
- 1 Formado em Direito, Especialista em Direito Processual e Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.
 - 2 Doutorado e mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, FADUSP. Especialização em Direito do Trabalho, Instituto de Direito do Trabalho – Faculdade de Direito de Lisboa, IDT, Portugal. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica de Campinas, PUC Campinas. Professor associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM e Desembargador Federal do Trabalho no TRT da 2ª Região - SP.

teoria do discurso no Brasil. 3. Mecanismos populares previstos na Constituição Federal de 1988. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto a teoria do discurso elaborada pelo professor alemão Jürgen Habermas, analisando-se os pontos centrais de seu pensamento sobre a participação e inclusão dos destinatários da norma na formação do direito em igualdade de posição. Faremos, em seguida, uma abordagem crítica diante de sua difícil aplicabilidade ao contexto social brasileiro, tendo em vista o atraso no desenvolvimento da sociedade decorrente da desigualdade e das características da democracia aqui experimentada, o que será demonstrado mediante exemplo prático brasileiro - a edição da Lei 13.467/2017. Como metodologia, utilizaremos a pesquisa bibliográfica a partir da doutrina existente acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do discurso. Razão. Habermas. Estado. Direito. Democracia.

ABSTRACT: The present article has as its object the discourse theory elaborated by the German professor Jürgen Habermas, analyzing the central points of his thought about the participation and inclusion of the recipients of the norm in the formation of the law in equal position. We will then take a critical approach in view of its difficult applicability to the Brazilian social context, given the delay in the development of society due to inequality and the characteristics of democracy experienced here, which will be demonstrated through a practical Brazilian example - the edition of Law 13,467/2017. As a methodology, we will use bibliographical research based on the existing doctrine on the subject.

KEYWORDS: Discourse theory. Reason. Habermas. State. Right. Democracy.

INTRODUÇÃO

Os estudos sobre democracia evoluíram ao longo do tempo a partir de uma maior preocupação com a participação da população na tomada de decisões importantes no âmbito do Estado. Diversos filósofos elaboraram teorias a respeito do tema, e a mais festejada nos últimos anos se refere ao estudo do professor alemão Jürgen Habermas, que resultou na teoria do discurso (HABERMAS, 2003).

Habermas trata da possibilidade de idêntica participação de todos envolvidos na elaboração do Direito que disciplinará as relações de uma determinada sociedade, ao se propor uma esfera pública de discussão. Para ele, quando as pessoas agem de forma ética e transparente, com idêntica oportunidade de escolha, a decisão é tomada de forma razoável com base no melhor argumento, fazendo até mesmo que o resultado inclusive seja mais bem acolhido pelos destinatários.

Em que pese os elementos por ele apresentados sejam sólidos e, aparentemente, eficazes, há forte crítica no sentido de que sua teoria somente se aplica aos países desenvolvidos, sendo uma utopia o seu enquadramento em países subdesenvolvidos, cujas realidades culturais não permitem à população nem sequer opinar e decidir sobre assuntos básicos.

Há, inclusive, claros exemplos na história brasileira de que a democracia é uma falácia, já que o sistema representativo não funciona da maneira como deveria. Os eleitos atuam com base em objetivos pessoais, pouco se importando com aquilo que realmente representa o interesse público.

Logo, o presente estudo tem como finalidade abordar a referida teoria e demonstrar sua incompatibilidade com a realidade do país diante da desigualdade cultural e do quadro político atual, que impossibilita uma participação equitativa por parte dos envolvidos.

1. TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS

Jürgen Habermas (1929) é um filósofo alemão contemporâneo associado à Escola de Frankfurt, uma das mais prestigiadas do mundo, que elaborou a teoria do discurso baseado na racionalidade comunicativa, em prestígio à democracia. A partir dessa teoria é possível a intensa participação dos cidadãos nas decisões importantes que resultam na criação do direito e nos rumos da sociedade.

Com esteio em discussões atuais sobre a legitimidade dos sistemas jurídicos existentes em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista a complexidade das sociedades plurais, o direito é formulado em uma atividade linear, de modo que não se encerra em um só ato (FERREIRA, 2019, p. 53).

Como as decisões relevantes no âmbito do Estado devem ser tomadas de modo que os interesses dos cidadãos sejam respeitados, exige-se que a escolha ocorra de forma legítima. Para tanto, Habermas entende necessário um diálogo transparente e igualitário (HABERMAS, 2003, p. 44).

O filósofo alemão propõe um método ideal de ação comunicativa, no qual as pessoas se comunicam e, mediante a utilização da linguagem, organizam-se socialmente com o objetivo de consenso, ou seja, algo livre de toda a coação externa e interna. Segundo Habermas:

O conceito elementar “agir comunicativo” explica como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Esta impõe limitações pragmáticas aos sujeitos desejosos de utilizar essas forças da linguagem, obrigando-os a sair do egocentrismo e a se colocar sob os critérios públicos da racionalidade do entendimento. Nesta ótica, a sociedade se apresenta como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo (2003, p. 45-46).

De acordo com Rafael Simioni, estudioso sobre o tema, Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa, dando substancial importância à linguagem, como forma de renúncia à moral como instância corretiva da ação, ou seja, a moral não mais atua como fundamento último do direito (2014, p. 481). Para ele:

Substituir a razão prática pela razão comunicativa é fazer exatamente aquilo que ele já havia feito na teoria da ação comunicativa: substituir uma moral corretiva, que diz solipsisticamente “o que devo fazer”, por uma moral procedimental, que diz intersubjetivamente “como devemos proceder para saber o que devemos fazer”; [...] Nesses tipos de sociedade, a moral não está mais dada aprioristicamente em um imperativo categórico Kantiano, mas sim construída discursivamente na Constituição Federal. A Constituição Federal, portanto, passa a substituir a ideia de um direito natural com conteúdo moral (razão prática) por princípios de imparcialidade moralmente neutros (razão comunicativa), capazes de permitir um acordo discursivo a respeito

das pretensões de validade de conteúdos morais e jurídicos (2014, p. 481-482).

A sofisticada teoria prevê que todos os envolvidos em um processo decisório estejam aptos a expor sua opinião racional, possibilitando-se o alcance da resposta adequada para o problema. Habermas substitui a razão prática pela comunicativa (2003, p. 19), mediante um modelo comportamental que tem como objetivo o entendimento (consenso) obtido pelo argumento (SIMIONI, 2014, p. 480).

O ideal, segundo o alemão, é que o sujeito seja visto em contato com os demais e conheça a perspectiva alheia, reflita, raciocine. Da subjetividade ele parte para a intersubjetividade, do pessoal para o interpessoal, a fim de que avance em seu entendimento, reveja ou abandone posições diante dessa colaboração mútua, podendo-se chegar até mesmo a uma compreensão (ou seja, uma terceira posição) (HABERMAS, 2003, p. 19). Defende que: “É possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros” (2003, p. 277).

A racionalidade advém do cumprimento do procedimento deliberativo, que gera uma oportunidade de igual manifestação entre os envolvidos interessados ou atingidos, os quais devem atuar honestamente, sem tentativa de ludibriar, distorcer ou criar enganos. Os sujeitos devem ser capazes de justificar suas assertivas de modo lógico – essa é a teoria do discurso (HABERMAS, 2003, p. 20-21).

Para que tudo isso ocorra, Habermas adota dois princípios como sustentação da teoria criada: princípio da universalização e princípio da ética do discurso. O primeiro deles retrata a exigência de que haja identidade no discurso prático, sem que este seja objeto de coações externas, para que ocorra a aceitação por parte de todos os envolvidos. O segundo é uma consequência essencial do primeiro, pois defende a escolha livre do participante, desde que seja fundamentada (SIMIONI, 2014, p. 522).

Conforme expõe Simioni:

No discurso, o consenso não é obtido nem pela ditadura da maioria, tampouco pela minoria com poder. O consenso pressupõe a exigente condição de que todos os participantes do discurso possam assentir com as proposições. E mais: todos os participantes do discurso podem

avaliar as proposições, condutas e vivências segundo as pretensões universais de validade (verdade, correção normativa e sinceridade) (2014, p. 515).

Para isso, exige-se a cooperação de todos sob a máxima de que eles querem que a norma se torne universal, o que garante liberdade e imparcialidade, já que a argumentação será o norte de validade da criação. Os princípios abordados resultam em alguns pressupostos pragmáticos da teoria:

Em síntese, a teoria do discurso é a fundamentação de uma ética procedimental de discursos, que têm como condição de possibilidade: a) um princípio de universalização que funcione como regra de argumentação; b) a indicação de pressupostos pragmáticos de argumentação discursiva racional com conteúdo normativo; c) a exposição desse conteúdo normativo; d) a aceitação, por todos os participantes, de que as regras do discurso possam constituir um princípio universal de procedimentos argumentativos (HABERMAS, Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso, *apud* SIMIONI, 2014, p. 530).

De acordo com as interpretações de Streck: “Somente máximas universalizáveis desde a perspectiva de todos os afetados – que somente podem ser formatadas em uma situação ideal de fala – valem como uma norma que pode encontrar aquiescência universal e, portanto, gerar obrigatoriedade” (2009, p. 41).

Exige-se a criação de espaços sociais de diálogo, nos quais as discussões públicas sejam fomentadas na busca daquilo que é reconhecido como melhor argumento – ou seja, existe uma análise mais profunda de todas as proposições por parte dos envolvidos (destinatários), permitindo-se uma participação inequívoca na criação das normas e na tomada de decisões, ainda que haja a eleição de seus representantes.

De forma prática, Habermas trata dos debates parlamentares e da opinião pública que se expõe por meio da imprensa, exigindo-se, repita-se, efetiva participação dos interessados (FERREIRA, 2019, p. 45). Segundo o Alemão:

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro

da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema de direitos e a construção de um Estado de direito (HABERMAS, 2003, p. 212).

Para que haja legitimidade na criação do direito, é elementar a atuação dos destinatários da norma. Ora, os próprios súditos do sistema normativo serão aqueles que o elaboram, assumindo-se um papel duplo, em uma noção de democracia radical (FERREIRA, 2019, p. 46). De acordo com Rafael Além:

O princípio do discurso para Habermas seria a base de sustentação de um direito legítimo apto a responder às demandas típicas das sociedades modernas complexas. A legitimidade deriva do procedimento que permite a todos os interessados exercerem sua autonomia privada, forjando, por meio de consensos, a autonomia pública, que, por sua vez, confere legitimidade à autonomia privada. Nesses termos, o procedimento que viabiliza o desenrolar dos discursos é o meio necessário para que a racionalidade comunicativa desabroche (2019, p. 49).

É cediço, porém, que a elaboração da legislação, por melhor que seja, não tem condições de acompanhar o desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, englobar todos os conflitos ocorridos nas relações jurídicas existentes na sociedade. Muitas dessas situações deságuam nos chamados “*hard cases*”, ou casos difíceis, que são aquelas em que não há uma norma específica para solver o problema.

A Segunda Guerra Mundial afetou não só os valores e as ordens constitucionais (que atuam como o centro de irradiação do ordenamento jurídico), mas institucionalmente os modelos progressistas que garantem a ascensão do Poder Judiciário e a criação de Cortes Constitucionais, surgindo o Estado Constitucional de Direito (BARROSO, 2015, p. 27).

O Estado, que era absenteísta, submeteu-se a um novo modelo que tem o objetivo de alcançar níveis reais de igualdades e liberdades. Essa noção está intimamente ligada à concretização dos direitos fundamentais, os quais se encontram no conteúdo das Constituições e causam uma redefinição na relação entre os Poderes do Estado, com o Judiciário fazendo parte da arena política (STRECK, 2014, p. 54).

De acordo com Fábio Oliveira, para o professor alemão, isso acaba tolhendo a liberdade dos cidadãos:

Habermas refuta a Constituição enquanto sede de programas materiais direcionadores do Estado e da sociedade, enquanto sede que possa converter a divisão e a antítese de valores havidos na comunidade em uma cartilha substancial rígida e extensa, vinculadora de vários âmbitos, como a política, a economia, a educação, isto é, uma percepção da Lei Fundamental como totalização axiológica ou teleológica da coletividade, como uma normatividade que imponha uma diretiva conteudística a ser seguida à exclusão de outras concorrentes, que opte, marcadamente, por uma vertente ideológica, ou que traga mesmo um catálogo vasto ou detalhado de direitos fundamentais, com um elenco assim, e. g., de direitos trabalhistas, além de configurar minuciosamente a estrutura do Estado e atribuir a ele um encargo de prestações, como acontece na hipótese de Seguridade Social (2010, p. 108).

A teoria do discurso vai contra a atuação proativa do Judiciário e até mesmo questiona o controle de constitucionalidade. Para seu elaborador, as decisões complexas de uma sociedade devem ser tomadas por ela própria, ou pelos representantes eleitos pelo povo, e não por cidadãos nomeados para realizar a tarefa estatal da judicatura. Esse formato seria o mesmo que tolher a democracia de sua principal característica, que é a participação do povo como elemento para legitimação das suas próprias escolhas (HABERMAS, 2003, p. 297 e 340).

Porém, como nos *hard cases* não há uma norma específica que solucione o problema e a sociedade não pode ficar sem resposta, a decisão acaba sendo tomada pelo Poder Judiciário, o que muitas vezes é caracterizado como ativismo judicial. Esse cenário é assim definido por Streck:

Em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros. Na verdade, o que se pretende referir

é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo. [...] Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente (STRECK, TASSINARI, LEPPER, 2015, p. 58).

Quanto aos *hard cases*, o alemão admite a criação por parte do Judiciário, mas exige que sejam implementados debates e deliberações que justifiquem as normas como condição de legitimidade, e não simplesmente que seja proferida uma decisão imune à opinião pública (HABERMAS, 2003, p. 347).

Habermas assegura que compete às Cortes garantir sejam respeitados os procedimentos democráticos estabelecidos, sem que os magistrados pronunciem o conteúdo que resolva a situação, sobretudo quando houver controvérsia. Ou seja, defende um paradigma procedimentalista. Em razão da separação de poderes, a criação do direito deve ser mantida com o legislador eleito, que tem legitimidade relacionada ao procedimento (2003, p. 320-321).

Como aponta Simioni, Habermas entende

[...] que a razão comunicativa possui um caráter normativo, que está no dever de cumprimento mais aproximado possível, pelos participantes de uma interação, das condições ideais do discurso. Mas é moralmente neutra porque não informa conteúdos morais ou éticos sobre problemas práticos do mundo, pois deixa que os próprios participantes do discurso cheguem a um consenso sobre esses conteúdos, baseado em pretensões de validade universais (2014, p. 483).

Independentemente da solução adotada, Habermas propõe que o essencial é que ela decorra da escolha popular, racionalmente tomada (OLIVEIRA, 2010, p. 111). De acordo com suas ideias, deve-se institucionalizar os procedimentos discursivos, com condições ideais de comunicação e participação, a fim de que os cidadãos exerçam simultaneamente a autonomia privada e a pública, também nos procedimentos de aplicação do direito (HABERMAS, 2003, p. 346-347).

Conforme assegura Rafael Além, em profundo estudo sobre o professor alemão:

Seria factível, na crista dessa concepção de paradigma esposada, afirmar que uma vez garantidos os pressupostos para um procedimento democrático, portanto, inclusive, a ação voltada para a formação de consensos seria predominante. Nesse sentido, anseios sociais que visem alterar a ordem posta serão sempre possíveis e fomentarão a reformulação constante dos consensos dominantes, permitindo, assim, a alteração do mundo vivido sem a necessidade de uma revolução, uma vez que o procedimento seria capaz de incorporar novas demandas, criar soluções e modificar o mundo que nos cerca; [...] O processo democrático que viabiliza com a formação de um sistema jurídico legítimo não se harmoniza com uma postura encriptada por parte dos operadores jurídicos. A atuação perante o novo paradigma impõe a inclusão do outro, fazendo com que as decisões sejam sensíveis às discussões empreendidas nos espaços públicos de tematização dos direitos (2019, p. 51).

A teoria habermasiana recebe críticas, embora seu posicionamento não esteja atrelado a uma verificação empírica (SIMIONI, 2014, p. 482). Suas lições não são de fácil aplicação, sobretudo nos países subdesenvolvidos nos quais a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo faz com que as promessas de modernidade não sejam cumpridas pelo Estado.

2. CRÍTICAS À TEORIA DO DISCURSO

Como adverte Fábio de Oliveira (2010, p. 115-117), a tese defendida pelo filósofo alemão encontra dificuldades práticas. Verifica-se que os estudos são voltados para o capitalismo avançado, países Europeus, EUA e Canadá, e isso se explica porque a definição de razão comunicativa ou a noção ética do discurso pressupõem um sustentáculo cultural e uma coesão social, em termos de equanimidade dos bens necessários a uma vida em correspondência com os direitos fundamentais (moradia, saúde, educação, alimentação, trabalho, cidadania etc.), que formam as condições indispensáveis para o agir comunicativo.

Sua teoria, levando-se em conta a diversidade e a desigualdade que permeia a sociedade brasileira, raramente seria aplicada nos moldes originais, pois a maioria da população do país não comporta as condições materiais necessárias à prática discursiva adotada (OLIVEIRA, 2010, p. 117).

Para Streck:

O que ocorre é que Habermas compreendeu o mundo vivido de forma equivocada. Mundo vivido, antes de tudo, é uma emancipação

de sentido. Mas, fundamentalmente, na concepção trazida pela teoria do discurso, é representacional, portanto, inserida no paradigma da consciência (embora a aludida substituição do *locus* desse sujeito, a razão prática). Entendido como horizonte para as situações (ideais) de fala e, portanto, fonte e parâmetro para as interpretações (que ocorrem contrafactualmente), o mundo vivido transforma-se em uma categoria apta para a elaboração de raciocínios dedutivos, em que há uma nítida separação entre o “universal” (aliás, a ideia do princípio da universalização) e o “particular empírico” (2009, p. 57).

Existe, ainda, um problema de acessibilidade dos discursos – gerado numa sociedade desigual, o que acarreta a falta de legitimidade das decisões tomadas discursivamente, já que não preservada a participação de todos (SIMIONI, 2014, p. 532), em que pese respeitado o processo legislativo.

Ou, melhor dizendo, a questão da compreensão dos discursos para uma interpretação e uma correta tomada de decisões se mostra totalmente utópica em países como o Brasil, onde nem sequer a legalidade formal é cumprida pelos juristas, o que dirá a população (STRECK, 2009, p. 58).

A existência da racionalidade a partir do melhor argumento cai por terra nas situações em que estamos sujeitos ao exercício do poder por um grupo dominante. É o que acontece claramente no Brasil e vai de encontro ao proposto pelo estudioso alemão, que se baseia em uma atuação transparente e ética de todos os envolvidos. Em análise, Simioni aponta que:

No direito, isso significa que as normas jurídicas já não são mais imunes à crítica. O discurso coloca também as normas jurídicas sob as exigências de justificação argumentativa. Não basta mais, para a validade social de uma norma jurídica, o seu reconhecimento intersubjetivo a partir do reconhecimento da autoridade que a produziu (SIMIONI, 2014, p. 523).

Ademais, como pretende, as decisões do Poder Judiciário não podem se submeter à opinião pública volátil e instável como fonte de parâmetro para interpretação da Constituição (SIMIONI, 2014, p. 569). Determinados valores constitucionais não podem ser suprimidos pela vontade da maioria, ainda que em consenso (BARROSO, 2015, p. 25), o que também vai de

encontro aos ideais procedimentais, pois estes defendem que, respeitados os preceitos democráticos de escolha, pouco importa a conclusão obtida.

De acordo com Rafael Simioni:

As condições ideais do discurso então garantem a liberdade da ação comunicativa, cujo resultado é o consenso motivado pela força do melhor argumento. Mas as condições ideais do discurso não informam conteúdos para as discussões. Não dizem “o que devemos fazer”. Tratam-se de condições procedimentais, formais e, por isso, deontologicamente neutras. As condições ideais do discurso são regras procedimentais que estipulam apenas as condições sob as quais os participantes de uma interação podem, por conta própria, chegar a um consenso sobre conteúdos. O discurso não informa esses conteúdos, mas tão somente o caminho para alcançá-los com liberdade e imparcialidade. Por esse motivo, a razão comunicativa possui um caráter normativo, que está no dever de cumprimento mais aproximado possível, pelos participantes de uma interação, das condições ideais do discurso. Mas é moralmente neutra porque não informa conteúdos morais ou éticos sobre problemas práticos do mundo, pois deixa que os próprios participantes do discurso cheguem a um consenso sobre esses conteúdos, baseado em pretensões de validade universais (2014, p. 482).

Ainda que estabelecido por meio de um procedimento justo e respeitada a democracia, as sociedades exigem o respeito a determinados direitos fundamentais, e, assim, faz-se necessária também, uma análise de conteúdo (OLIVEIRA, 2010, p. 111), sobretudo em sociedades de modernidade tardia onde os indivíduos não possuem condições equânimes de praticar racionalmente as escolhas.

2.1. A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DO DISCURSO COM A REALIDADE BRASILEIRA

Conforme mencionado, o estudo defendido por Jürgen Habermas encontra restrições quanto à sua possibilidade de aplicação aos países subdesenvolvidos. A exigência de que os destinatários do sistema jurídico participem da elaboração em pé de igualdade se mostra utópica, pois nem sequer há uma implementação, de fato, de direitos básicos à maioria da população brasileira.

Essa desigualdade social é algo que reflete diretamente na inclusão discursiva, já que os envolvidos não podem esperar que todos os pressupostos necessários sejam cumpridos até que se chegue a um entendimento mútuo. Para Rafael Simioni:

A exclusão social é uma exclusão também do discurso, que por isso apresenta-se, inicialmente, como um problema de inclusão aos discursos públicos e, conseqüentemente, de validade (legitimidade) das deliberações tomadas discursivamente. O problema da acessibilidade, portanto, é um problema de legitimação das deliberações tomadas em discursos. Um discurso elitista, secreto, corporativista, etc., no qual as decisões tomadas não foram discutidas com todos implicados, reclamará uma legitimidade que não pode ser alcançada. A legitimidade das deliberações tomadas discursivamente está na participação de todos os envolvidos. Somente nessas condições de inclusão discursiva de todos os implicativos é que os destinatários das decisões poderão ser, ao mesmo tempo, os seus autores. Essa é a condição de legitimidade das deliberações. Que, no entanto, estão sempre sujeitas ao problema da acessibilidade discursiva em situações de urgência, de incapacidade, de desmotivação e de exclusão social (2014, p. 532).

De acordo com Fábio Oliveira:

Habermas pressupõe, assim, uma distribuição equitativa da riqueza, uma circunstância comunitária onde haja uma isonomia entre as pessoas, quando resta patente que o agir comunicativo não pode se dar em coletividades caracterizadas por profundas distorções de renda, por graves injustiças sociais, porque este estado gera marginalização, exclusão social, ou seja, gera *marginalização* ou *exclusão comunicativa* (2010, p. 532).

Conforme defende, ainda, Lenio Luiz Streck:

Parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passados dezoito anos da promulgação da Constituição. Dito de outro modo: parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental (2009, p. 26).

Habermas busca a existência de um modelo democrático que não se fundamenta em valores prévios compartilhados pela sociedade. Exige-se tão somente o respeito ao procedimento por meio do qual os indivíduos realizam racionalmente suas escolhas, e aos Tribunais compete garantir que a cidadania seja efetivamente exercida (STRECK, 2009, p. 26).

Fábio de Oliveira aponta claramente que:

É irrefutável que as condições do discurso são propugnadas a partir de uma ideia material. Os requisitos procedimentais são o acordo mínimo, o consenso pressuposto, e eles se fundamentam em uma compreensão de mundo, das pessoas, dos direitos e deveres que possuem, isto é, um juízo substancial. [...] Não é possível fugir da apreciação do conteúdo das normas pela alegação de que são normas formais, como se o jurista pudesse adotar uma posição de neutralidade diante da questão. Na verdade, ao sustentar que não cabe ao Judiciário apreciar a materialidade da lei que determina escolas segregadas por motivo racial, o que se está afirmando é que a referida legislação não viola o princípio da isonomia ou a cláusula do devido processo. Está-se assegurando, pois, ainda que de maneira travestida, a constitucionalidade substantiva daquela medida (2010, p. 140).

Em que pese o prestígio atribuído à integração social, as características formais da teoria impossibilitam a participação de um contingente superior a 30 milhões de pessoas que são consideradas miseráveis e não contam com condições mínimas de vida em sociedade. Não se pode olvidar que o Brasil possui uma Constituição dirigente, compromissória, cujos enunciados possuem força normativa e vinculam a atuação política do Estado, estabelecendo-se os limites para uma mudança na sociedade pelo direito (STRECK, 2009, p. 32).

Nesse sentido, Streck assevera que:

A Constituição não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no art. 3º da nossa Constituição, que encarna a obrigação da construção de um estado social. E nisso reside o papel transformador do direito e do Estado, assim como a necessidade da rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que, em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais e sociais (2009, p. 32 e 34).

Em muitos dos casos, faz-se necessária a atuação do Poder Judiciário para a preservação de certos valores, em um mecanismo de freios e

contrapesos, quando, por decisão da maioria parlamentar, textos legislativos violem normas fundamentais (STRECK, 2009, p. 27-28).

Apesar dessa participação, esclarece Streck que ela deve ocorrer de forma leve e consciente, tão somente para garantir o equilíbrio e a manutenção da ordem (2009, p. 32, 27 e 29), e não visando à prática de discricionariedades interpretativas, como propõe a ideia do ativismo judicial (e que deve ser coibido).

Não obstante todos os elementos de críticas, o que se verifica no Brasil é que a política e as escolhas parlamentares, na maioria das vezes, refletem os interesses privados dos envolvidos. Com isso, não há nem sequer a oportunidade de manifestação da população e tampouco a escolha sobre os rumos a serem tomados pela sociedade.

O direito é criado por uma elite que ocupa o poder e o exerce da maneira que melhor lhe convém, escondendo-se em uma “falsa” legitimidade obtida por meio das eleições populares que resultam em “falsa” noção de representatividade, algo que se comprova pela história. A democracia não se esgota no jogo eleitoral, e há necessidade de uma instância alheia, ou menos envolvida, para assegurar direitos contrários à deliberação da maioria (OLIVEIRA, 2010, p. 135).

2.2. DEMONSTRAÇÃO PRÁTICA A PARTIR DA LEI 13.467/2017 SOBRE A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO DISCURSO NO BRASIL

A percepção de Habermas no sentido de que, se os envolvidos participam das decisões e da criação do direito, estes se tornam legítimos e oponíveis a todos com melhor aceitação é perfeita, mas de difícil aplicação prática. Muitas vezes a população nem sequer é consultada a respeito de quais os seus reais interesses em determinados assuntos.

Há um problema de legitimação nas decisões tomadas pelo Legislativo e pelo Executivo, sobretudo quando em prejuízo da maior parte dos interessados. A Lei 13.467/2017, que implementou a Reforma Trabalhista, é um exemplo prático da questão.

Sem discutir a necessidade de uma alteração na legislação que trata das relações de emprego, inclusive no campo processual, dada a evolução da sociedade em face do tempo em que a CLT foi promulgada, verifica-se que a classe elitista que exerce o Poder, baseando-se em argumentos de

mercado, fez mudanças profundas que resultaram em reduções de direito mediante clara situação de retrocesso social (SEVERO 2018).

Conforme afirmou Souto Maior (2017):

O histórico da aprovação da lei da “reforma” trabalhista não deixa dúvida das ameaças realizadas e do *modus operandi* para a sua aprovação, que, inclusive, se assemelha ao fisiologismo escancarado que tem marcado as votações no Congresso acerca das denúncias envolvendo o Presidente da República, o que só reforça o argumento em torno da ilegitimidade do processo legislativo referente à lei em questão. Aliás, se havia alguma dúvida quanto a quais objetivos serve o atual governo, essa dúvida restou completamente dissipada com a edição da Portaria 1.129, de 20 de outubro de 2017, que, da noite para o dia, em uma canetada, pretendeu eliminar o conceito de trabalho em condições análogas às de escravo e inviabilizar a fiscalização estatal a respeito. [...] O problema é que, embora considerem-se os donos do poder, não o são, ao menos enquanto o Estado de Direito prevalecer. Neste contexto, por maior influência midiática que tenham e não lhes negando o direito de expressão, os pretensos “donos do poder” acabam apenas se equiparando à figura grotesca do “dono da bola”, que tenta impor a todos as regras do jogo, alterando-as em seu benefício a cada instante, e que se, apesar de tudo disso, continua perdendo, pega a bola e vai embora, acabando com o jogo.

De acordo com Homero: “Pelo regime de urgência desmensurado, pelo silêncio em torno de direitos fundamentais como a saúde e a liberdade sindical e pela excessiva preocupação em desmoralizar o TST, a reforma de 2017 ficará indelevelmente marcada por seu viés autoritário” (SILVA, 2017, p. 11).

O que mais evidencia a intenção corporativista da alteração é a falta de discussão e de colocação do assunto à população, que viu um projeto de extrema relevância sofrer a aprovação em tempo recorde, algo diametralmente oposto ao que aconteceu em outros diplomas como o Código Civil [Projeto de Lei de 1975, com sua publicação em 2001 (PASSOS, 2012)] e o Código de Processo Civil [Projeto de Lei de 2010, com vigência da norma em 2015 (BRASIL, 2015)].

A falta de preparo do legislador, aliada à inexistência de discussão sobre assunto de larga importância, faz com que o problema da legitimação leve, ao contrário do que propõe o filósofo alemão, à manifestação do

Poder Judiciário a respeito do conteúdo das normas, o que acabará provocando manifestações críticas contra o ativismo judicial (mesmo quando descabidas).

A fragilidade do nosso sistema democrático em razão da exclusão de grande parte dos cidadãos ocasiona um ciclo vicioso, diante da ilegitimidade e do despreparo dos legisladores, que recai na necessidade de manifestação do Poder Judiciário sobre os mais diversos questionamentos.

Muitos dos dispositivos constantes da Lei 13.467/2017 são abordados em diversas ADIs ajuizadas no Supremo Tribunal Federal. Inclusive, há matéria sobre a qual a Corte já se manifestou, e mesmo assim o Congresso Nacional aprovou norma, em franca incoerência até mesmo com outros ramos do ordenamento jurídico, como a novidade da tarifação nas indenizações por dano moral (ADIs 5.870 e 6.069).

Isso evidencia e comprova que, embora a ideia de Habermas seja bem fundamentada, sua aplicação prática se resume a países desenvolvidos, cujos cidadãos conseguem ter condição e oportunidade de participação nas escolhas políticas, o que não é o caso do Brasil.

3. MECANISMOS POPULARES DE DISCUSSÃO EXISTENTES NO BRASIL

Embora não seja o objetivo deste trabalho, cabe mencionar que importantes mecanismos democráticos foram previstos na legislação brasileira, ainda que de forma tímida, e possibilitam ampliar a participação popular no debate constitucional.

Trata-se das audiências públicas e da figura do *amicus curiae* (amigo da Corte), que se referem a intervenções praticadas antes da tomada de decisão, com a finalidade de se ouvir parcelas envolvidas da população que serão efetivamente atingidas pela solução de um hard case, as quais poderão apresentar documentos ou informações relevantes sobre o tema.

O “amigo da Corte” foi mencionado, de maneira superficial, nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que tratam, respectivamente, da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Direta de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, bem como no Regimento Interno do STF. Além disso, no Código de Processo Civil de 2015, o instituto do *amicus curiae* foi expressamente previsto, conforme art. 138.

O instituto do *Amicus Curiae* se refere a uma figura “auxiliar do Juízo” que visa a esclarecer fatos e direito, onde se verifica real interesse potencial que justifique sua intervenção. Sua atuação pode ser espontânea ou provocada pelo juízo, não havendo limitação quanto à fase processual em que é admitido, desde que a participação seja relevante para o julgamento do litígio.

Segundo consta da Exposição de Motivos do anteprojeto do CPC de 2015 (BRASIL, 2010):

“levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país”.

A legitimidade para atuação decorre do envolvimento da entidade com a matéria veiculada no processo, pois, conforme o mencionado art. 138 do CPC, faz-se necessária a utilidade e a necessidade da intervenção.

Cássio Scarpinella Bueno (2012) define a questão da seguinte forma:

Não se trata, entretanto, de um interesse como aquele que o direito italiano – e, em idêntica medida, o direito brasileiro – entende como típico o suficiente para dar embasamento a uma intervenção de terceiros. Não se trata, assim, de um interesse ‘jurídico’ no sentido que estamos habituados a entender, ‘subjetivado em uma das partes’ e, portanto, bem localizado em um dos dois polos da relação processual. Trata-se, diferentemente, de um interesse que vai além da esfera jurídica objetivada naquele que pretende intervir na qualidade de *amicus curiae*.

Portanto, trata-se de um colaborador que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao seu resultado. Sua participação ocorre e se fundamenta, não como defensor de interesses próprios, mas como contribuinte para a qualificação/aperfeiçoamento da decisão. Ou seja, sua atividade ocorre em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado.

As audiências públicas são convocações que têm a mesma finalidade, o auxílio na tomada de decisões, como forma de maior debate e participação de pessoas/entidades ligadas à matéria.

O art. 37 da CF/1988 prevê, em seu § 3º, que a lei regulamentará a participação do usuário na Administração Pública Direta e Indireta. A Lei de Licitações (14.133/2021) também previu em seu art. 21 a possibilidade de utilização deste instituto pelo Poder Público, demonstrando-se a preocupação existente com a participação popular na tomada de decisões.

Este instrumento foi utilizado em caso marcante que discutiu a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto (ADI 3.937/SP), e necessitou de informações diversas mais aprofundadas para melhor entendimento da questão jurídica e de seus reflexos para a saúde pública.

As audiências públicas podem ser extremamente úteis não só nas discussões que envolvam decisões judiciais, mas também para debate dos temas sensíveis a serem abordados pelo Poder Legislativo, permitindo-se maior envolvimento da população diretamente interessada (ou de representantes desta).

Claramente, a pluralização do diálogo estabelecido permite, como já mencionado, um aperfeiçoamento e uma melhoria nas decisões a serem tomadas, dando ânimo aos termos estabelecidos por Peter Häberle (1997), que defende a abertura da interpretação constitucional para todas as camadas da sociedade.

No entanto, a aplicação dos institutos ainda é bastante incipiente em nosso país, sobretudo pela falta de regulamentação acerca da matéria, que os deixa sob critérios das autoridades que conduzem os procedimentos e decidem de forma discricionária a admissão (em decisão não sujeita a recurso), conforme jurisprudência pacífica do STF (BRASIL, 2018):

De comum sabença que, na seara constitucional brasileira, o relator poderá admitir, em prol da jurisdição, a manifestação de órgãos ou entidades em processos de caráter objetivo instaurados nesta SUPREMA CORTE, pautando-se pela relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Cuida-se, ao fim e ao cabo, de uma faculdade privativa do relator, consistente em apreciar, casuisticamente, a concretude de requisitos essenciais a credenciar o ingresso do postulante como *amicus curiae* na questão instaurada nesta CORTE. No tocante à sua admissão nas ações de controle concentrado de constitucionalidade instauradas no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a Lei 9.868/1999, em seu art. 7º, § 2º, é destituída de aporias quanto à discricionariedade

do provimento judicial que decide pela pluralização ou restrição de sujeitos no cerne do debate institucional.

Ainda que não seja um reflexo perfeito da teoria do discurso defendida por Habermas, que enfrenta diversas dificuldades de uma aplicação plena nos países subdesenvolvidos mais populosos e com territórios extensos, as figuras aqui mencionadas prestigiam o Estado Democrático de Direito e, se aperfeiçoadas e incentivadas, podem render maiores frutos com a sua utilização, fazendo com que a sociedade civil participe mais ativamente das decisões importantes tomadas pelo Poder Público.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi mencionado, não se está a desmerecer o sofisticado estudo que resultou na teoria do discurso elaborada pelo professor alemão, mas sua aplicação prática dependeria de alguns ajustes ou mesclas com outros estudos, sobretudo em um país onde a modernidade ainda não se encontra implementada.

O que se verifica é que os ideais de Jürgen Habermas são dotados de baixo grau de empirismo e possuem características ligadas à realidade dos países desenvolvidos, dada a exigência quanto ao nível cultural que possibilita aos cidadãos opinar sobre questões relevantes do Estado e da Política, ou até mesmo para que participem da criação do Direito.

O Brasil não comporta a aplicação frontal da teoria do discurso e, em razão de uma Constituição Federal dirigente, faz com que os “espaços” para que sejam tomados os rumos decisórios do Poder Público sejam limitados. O constitucionalismo moderno conta com Cartas que possuem normas densas e repletas de valores, cabendo aos juízes garantir que esses preceitos sejam efetivamente cumpridos pelo Estado e pelos particulares em suas relações (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) (SARLET, 2011, p. 386).

Não se defende a exclusão da sociedade e sua participação em procedimentos democráticos, mas não há como garantir o estabelecimento de um rito para a criação do Direito sem que haja um mínimo embasamento em critérios materiais. O procedimentalismo confunde os conceitos de democracia e justiça. Nem tudo que é aprovado pela maioria se considera justo (OLIVEIRA, 2010, p. 150).

O procedimento é criado com base em valores, em premissas básicas que têm como escopo a garantia da igualdade e da dignidade, e isso não

fica sob a escolha dos envolvidos, pois a democracia não sobreviverá em um sistema em que fiquem desprotegidos as liberdades e os direitos ligados à dignidade da pessoa humana.

Por fim, conclui-se que a teoria em estudo possui grande dimensão idealista, com fundamentos sólidos e profundos que visam ao respeito à democracia. Em que pese não seja possível sua implementação imediata no Brasil, há elementos essenciais a serem explorados como objetivos de uma democracia madura e eficiente, que pode ter o caminho facilitado com a melhor utilização dos mecanismos de participação social previstos na legislação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015.

BRASIL, *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil* / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil (2015)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-norma-pl.html>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 do Distrito Federal*. Rel. Ministro Luiz Fux. Plenário de 18 de maio de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5167205>

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tampo Brasileiro, 2003. v. 1 e 2.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória legislativa do Código Civil: quadro comparativo*. Brasília: Senado Federal, 2012. v. 1. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEVERO, Valdete Souto. *A “reforma” trabalhista como elemento de destruição da frágil democracia brasileira e a necessidade de luta*. Estado de Direito, 18 abr. 2018. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/20621-2/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus Curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2012. p. 121-122

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SIMIONI, Rafael Lazaroto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A “reforma” trabalhista era para retirar direitos, reconhecem os “donos da bola”*. Anamatra, 16 out. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25815-um-titulo-autoritario-2>. Acesso em: 16 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Murillo Franco Camargo
Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach.
O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015.

RECEBIDO EM: 01/04/2022

APROVADO EM: 09/08/2022

ASPECTOS DESTACADOS DO DIREITO À LIBERDADE DE IMPRENSA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS

*HIGHLIGHTED ASPECTS OF THE THE FREEDOM OF PRESS RIGHT IN THE
JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT IN THE LIGHT OF POST-POSITIVIST
THEORIES*

Orlando Luiz Zanon Júnior¹

Rafael Espíndola Berndt²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A concepção pós-positivista do direito fundamental à liberdade de

- 1 Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Dupla Titulação de Doutorado em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia (Unipg). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Unesa). Pós-graduado em nível de Especialização pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e também pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Academia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Autor da Teoria Complexa do Direito e criador do método de gestão judicial de Triagem Complexa
- 2 Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-graduado em nível de Especialização pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Fundação Getúlio Vargas (FGV), Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC) e pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina

imprensa. 2. Teses centrais dos autores pós-positivistas.
3. Liberdade de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz das teorias pós-positivistas. Conclusão. Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo consiste em apresentar aspectos destacados do tratamento de dado ao direito fundamental à liberdade de expressão, na vertente da liberdade imprensa, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em seus recentes julgados, voltando mirada, ainda, às diversas correntes da ciência jurídica classificadas como pós-positivistas, as quais buscam explicitar o relacionamento entre direito e moral, como critérios de julgamento indissociáveis. No tocante à metodologia da pesquisa empregada, destaca-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. A conclusões centrais foram as seguintes: a) os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim ponderáveis com outros de mesma estatura no sistema; b) há uma distinção conceitual entre as liberdades de expressão (gênero) e de imprensa (espécie), está última referente à prerrogativa de comunicação social, ou seja, ao direito de informar, observados critérios profissionais voltados a evitar versões parciais e falsidades (fake news), com posição privilegiada no esquema constitucional; c) as teorias pós-positivistas fornecem instrumental teórico útil para a resolução de casos complexos, diante do vácuo do Positivismo Jurídico; d) o STF, em síntese, adotou a preferência valorativa abstrata (preferred position) do direito à liberdade de imprensa e, também, fixou outros critérios para a resolução de contradições desta perante as demais prerrogativas constitucionais, em empreendimento decisório diferente de uma mera subsunção, consoante descrito pelas teorias pós-positivistas.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão. Liberdade de Imprensa. Direitos Fundamentais. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Teorias Pós-positivistas. Balanceamento.

ABSTRACT: The main objective of this article is to present highlighted aspects of the opinion given to the fundamental right to freedom of expression (specifically freedom of the press), by the Brazilian Federal Supreme Court (FSC), in its recent judgments, considering the post-positivists legal theories, which explain the relationship between law and morality, as inseparable judgment criteria. As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method, in the data processing phase we used the cartesian method and

the final text was composed on the basis of deductive logics. The central conclusions were the following: a) fundamental rights are not absolute, but weighable with others of the same stature in the system; b) there is a conceptual distinction between freedom of expression (genre) and freedom of the press (species), the latter referring to the prerogative of social communication, that is, the right to inform, observing professional criteria aimed at avoiding partial versions and falsehoods (fake news), with a privileged position in the constitutional scheme; c) post-positivist theories provide useful theoretical tools for solving complex cases, given the vacuum of Legal Positivism; d) the STF, in short, adopted the *preferred position* of the right to freedom of the press and, also, set other criteria for the resolution of contradictions of this right with other constitutional rights, in a decision-making enterprise different from a mere subsumption, as described by post-positivist theories.

KEYWORDS: Freedom of Speech. Freedom of Press. Fundamental Rights. Precedents. Brazilian Supreme Court. Post-positivist Theories. Balancing.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar aspectos destacados do tratamento dado ao direito fundamental à liberdade de expressão, na vertente da liberdade imprensa, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em seus recentes julgados, voltando mirada, ainda, às diversas correntes da ciência jurídica classificadas como pós-positivistas, as quais buscam explicitar o relacionamento entre direito e moral, como critérios de julgamento indissociáveis³.

Esse texto foi produzido na linha de pesquisa Principiologia Constitucional, Política do Direito e Inteligência Artificial (Doutorado) do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali).

3 A opção teórica de conferir *status* científico para os estudos sobre o direito está fundada no argumento de se entender altamente recomendável um esforço de seriedade e coerência no desenvolvimento de pesquisas nesta área específica, de modo a que os juristas ultrapassem discussões superficiais baseadas em slogans arraigados, carentes de embasamento fático, para buscar a justificação empírica de suas teses, ainda que mediante o emprego de ferramentas geralmente utilizadas por economistas, psicólogos, sociólogos e outros pesquisadores. De qualquer modo, a negação de cientificidade a este campo de estudo não prejudica a discussão proposta, a qual prossegue ainda que o leitor opte por classificar esta área de estudos como um ramo da filosofia ou mesmo uma teoria carente de algum componente de cientificidade. Outrossim, o conteúdo deste artigo não se perde se o leitor substituir a expressão ciência jurídica por teoria ou filosofia jurídica.

A abordagem se justifica diante dos desafios que constantemente se colocam perante a jurisdição, no sentido de resolver contradições de direitos fundamentais, especialmente entre, de um lado, a liberdade de expressão, de particulares ou no exercício da comunicação jornalística, e, de outro, a defesa da honra e da intimidade da pessoa sobre quem se forma a discussão.

Desse modo, cabendo ao poder judiciário dirimir as colisões entre as prerrogativas constitucionais, importa apresentar o modo pelo qual a suprema corte brasileira vem tratando o tema da liberdade de imprensa, mormente quanto aos seus limites perante a honra e intimidade, em busca de paradigmas que possam nortear a interpretação de casos similares.

Ao efetuar essa análise, importa discorrer sobre os modelos teóricos de perfil pós-positivista que podem contribuir na fundamentação sobre a harmonização entre os direitos de liberdade de expressão e de honra e privacidade. Com esse desiderato, optou-se por trazer elementos do substancialismo de Ronald Dworkin, do procedimentalismo de Robert Alexy e do pragmatismo de Richard Posner que possam ser relevantes para a discussão em tela, considerando a ampla projeção dessas doutrinas nos cenários acadêmico e forense brasileiros.

Feitas essas considerações, a título de justificação da presente pesquisa, o primeiro item do artigo destina-se a apresentar os caracteres essenciais acerca do direito fundamental à liberdade de expressão, em especial, à liberdade de imprensa, além de, a título introdutório, estabelecer seu caráter relativo (não absoluto) e, portanto, passível de temperamentos.

A segunda parte, por sua vez, objetiva apresentar, em linhas gerais, as teses centrais dos autores pós-positivistas que possam ser relevantes para a temática da contradição de prerrogativas fundamentais, optando-se pelas doutrinas de Dworkin, Alexy e Posner.

Por derradeiro, no terceiro item, serão apresentados exemplos que explicitam os principais aspectos sobre como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo os casos que envolvem contradições entre, de uma margem, o direito à liberdade de expressão, especialmente na sua vertente de liberdade de imprensa, e, de outra, o direito à honra e intimidade.

Ao assim proceder, busca-se demonstrar o atual estado da arte da conformação da Liberdade de Imprensa por parte do Supremo Tribunal

Federal, bem como, no particular, a exposição dos parâmetros de análise de ponderação e seu fundamento dentro das linhas interpretativas, quando da ocorrência de conflitos de direitos fundamentais envolvendo da Liberdade de expressão, na vertente abordada.

Pretende-se assim, sem esgotar a temática, estabelecer um ponto inicial de análise das veredas jurisprudenciais, as quais daqui por diante podem se seguir, do Supremo Tribunal Federal em relação à temática exposta, contribuindo com os debates acadêmicos e desafios que se apresentam à Suprema Corte acerca da conformação da Liberdade de Imprensa, devido a um fator, que ao tempo da promulgação da constituição de 1988 não se podia prever, justamente, o advento da internet e das redes sociais.

Feitas essas considerações iniciais, quanto à metodologia da pesquisa empregada, destaca-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (PASOLD, 2021, p. 55-62).

1. A CONCEPÇÃO PÓS-POSITIVISTA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE IMPRENSA

Inicialmente, é relevante fixar a premissa, para fins de compreensão do que se pretende expor acerca do conceito de liberdade de expressão, de que há uma separação conceitual entre uma disposição normativa (texto) e uma norma jurídica (critério de julgamento). As disposições legais, de acordo com Vale (2009, e-book), são construções gramaticais que visam fixar as diretrizes e os limites para a tomada de decisão (letra dos códigos), enquanto as normas jurídicas são os critérios de julgamento resultantes da sua interpretação em determinado contexto fático, considerando os valores envolvidos (direito interpretado e aplicado).

Diante dessa consideração, percebe-se que a função precípua do poder judiciário é conduzir o empreendimento de tomada de decisões, mediante a articulação de textos legais e constitucionais, visando à construção de normas jurídicas que resolvam o caso concreto e, depois de registradas no seu acervo jurisprudencial, possam orientar as condutas futuras. Nessa atividade hermenêutica, a contradição não ocorre entre textos legais propriamente ditos, mas entre potenciais interpretações normativas, ensejando o esforço de concordância prática entre as prerrogativas fundamentais.

Feita essa observação, cabe prosseguir relembrando que há tradicional doutrina constitucionalista referindo que os direitos fundamentais têm como uma de suas características básicas a natureza absoluta, pelo fato de ocuparem assento no patamar máximo do ordenamento jurídico, não podendo, dessa forma, sofrerem restrições. Este pensar tem mirada na escola jusnaturalista de outrora, que pregava a necessidade de proteção estatal aos direitos naturais, principalmente a vida, a liberdade e a propriedade (ZANON JUNIOR, 2021, p. 156-159).

Com o advento das correntes pós-positivistas, passou-se a admitir a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, especialmente quando entram em conflito com outros valores de mesma estatura normativa. Nessa senda, Sanchis (1994, p. 86) argumenta que “não existir direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos”.

Outrossim, trazendo essas considerações para o objeto deste artigo, os fundamentos expostos nas decisões do Supremo Tribunal Federal revelam uma justificação para determinada conformação entre as prerrogativas de liberdade de expressão e de honra e vida privada, em determinados contextos específicos, observados os limites fixados no sistema jurídico e os valores envolvidos. Nessa linha, a contradição entre esses direitos fundamentais reside apenas no nível discursivo até a sua resolução pela jurisdição, oportunidade em que o sistema jurídico é integrado ou suplementado pela orientação jurisprudencial (ZANON JUNIOR, 2019, p. 201-204). E, no curso da justificação dessa harmonização prática, os direitos colidentes acabam sofrendo algum grau de restrição, justamente para viabilizar sua coexistência com os demais de mesma estatura jurídica.

Tecidas essas linhas iniciais, cabe abordar o direito fundamental à liberdade de expressão, com especial enfoque na imprensa livre. Mais precisamente, o sistema jurídico compreende a prerrogativa de liberdade de expressão de ideais (ou livre manifestação de pensamento), em favor de todas as pessoas, como um corolário do modelo de estado democrático. Contudo, esse direito assume a feição específica de liberdade de imprensa quando se refere à importante atividade de propagação de ideias, perante o grande público, por profissionais dedicados à comunicação social. A diferença entre o gênero (liberdade de expressão) e a modalidade específica (liberdade de imprensa) reside na posição constitucional privilegiada desta última, desde que observados os parâmetros técnicos de busca do

contraditório antes da apresentação da verdade, inerentes ao jornalismo profissional (ZANON JUNIOR, 2010, p. 157-159).

Sobre o tema, cabe referir que o termo imprensa, modernamente, consubstancia a atividade de disseminação profissional de informação, independentemente do meio utilizado pela sua divulgação.

Sobre isso, cabe referir com amparo em Zanon Junior (2010, p. 173) que:

Os veículos de comunicação evoluíram no sentido de uma conjugação de veículos e técnicas, para se criar uma rede complexa e global, que conglomerava empresas de produção de comunicação (imprensa, rádio, televisão, cinema), empresas de distribuição dos produtos, a indústria da informática ou a computação eletrônica (compreendendo hardware e software) e o vasto setor de telecomunicações [...]

De outra margem, no plano legislativo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) circunscreveu-se a adotar o substantivo “imprensa” no seu art. 139, inciso III, somente, havendo reserva de uma seção normativa dedicada e nomeada de “Da Comunicação Social”. Há, ainda uma distinção operada pela CRFB no que tange aos veículos de comunicação, especialmente na mídia radiodifusora, outorgando-lhe regime jurídico de serviço público.

Do texto proposto pelo constituinte, pode-se interpretar no sentido da necessidade de atuação diferenciada do estado no tocante aos órgãos de comunicação, havendo ascendência de uma intervenção negativa, ainda que não exclusiva, na interface estatal nas imprensas escrita e eletrônica, com atuação ativa apenas no espectro de evitar monopólio ou oligopólio de grupos econômicos, ainda que, lateralmente, tenha que promover um ambiente de livre circulação de informações e de debate público.

Diante do aqui exposto, principalmente da combinação de bens tutelados pela liberdade de expressão, tem-se que alguns teóricos passaram a desenvolver o argumento da posição preferencial que ostenta a liberdade de imprensa, no sentido específico, diante de eventuais contradições com os demais valores de hierarquia constitucional.

Sobre isso, Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz (2011, p. 402) refere que:

A doutrina da posição preferencial desenvolveu-se inicialmente, nos EUA. Poucos anos depois, em 1943, no julgamento do caso *Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania* (319 US 105 – 1943), a Suprema Corte norte-americana aplicou a teoria da posição preferencial à liberdade de expressão afirmando que ‘freedom os press, freedom of speech, freedom of religion are in preferred position’.

Complementando essa informação, da decisão do caso *Branzburg vs. Hayes*, 408 US 665, julgado pela Suprema Corte em 29.06.1972, extrai-se:

A imprensa tem uma posição privilegiada em nosso esquema constitucional [norte-americano], não para permitir que ganhe dinheiro, não para separar os jornalistas como uma classe favorecida, mas para integralizar o direito do público de saber. O direito de saber é crucial para os poderes de governo do povo e, parafraseando Alexander Meiklejohn, conhecimento é essencial para decisões informadas (tradução livre).

Nessa linha, Orlando Luiz Zanon Junior (2010, p. 160) esclarece os contornos da preferência normativa abstrata conferida à liberdade de imprensa:

Tal posição privilegiada tem como fundamento basilar a importância da comunicação social para a promoção da democracia e consiste, sob a ótica do jornalista, numa maior margem de manobra contra eventuais restrições (censuras) decorrentes da ponderação com os direitos fundamentais de outros.

Considerando essa articulação de ideias, verifica-se que a liberdade de expressão (gênero) se refere à livre exteriorização do pensamento por quaisquer meios, dentre eles a criação artística ou literária, incluindo-se o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música e as opiniões em redes sociais, abrangendo, inclusive, a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo de comunicação. De outra margem, a liberdade de imprensa (especificidade) diz respeito à prerrogativa de comunicação social, ou seja, ao direito de informar, observados critérios profissionais voltados a evitar versões parciais e falsidades (fake news), com posição privilegiada no esquema constitucional (CARVALHO, 1999, p. 25).

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2004, p. 18) afirma que não se questiona a liberdade de imprensa (ou de informação) como

inserida no conceito de liberdade de expressão num sentido lato, no entanto, a diferenciação feita se mostra útil na medida que possui inegável interesse prático, relativamente às diferentes exigências para a limitação de cada uma dessas liberdades, bem como de seus requisitos.

Assim, o direito de informação não pode estar apartado do compromisso de seguir balizas técnicas voltadas à construção do repasse de informação com oitivas das versões dos envolvidos. Ou seja, a sua tutela depende do esforço de busca por algum grau de verdade. Essa é a especificidade que o aparta e confere posição constitucional privilegiada perante o direito mais geral e amplo de liberdade de expressão. Daí que quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, no quais a sua caracterização repousa sobremaneira no critério de sua veracidade, estar-se-á diante do exercício do direito de informação (BARROSO, 1999, p. 18).

Fixados esses contornos do direito de liberdade de expressão, em especial na sua versão de livre imprensa, importa prosseguir com o desenho de alguns elementos teóricos das correntes pós-positivistas mais conhecidas que informam quanto à fundamentação das decisões judiciais em questões controvertidas, as quais são relevantes para se compreender a resolução das contradições da prerrogativa em tela com a privacidade e intimidade.

2. TESES CENTRAIS DOS AUTORES PÓS-POSITIVISTAS

No presente item, buscar-se-á explicar alguns aspectos das correntes de pensamento pós-positivistas mais difundidas no Brasil, diante do seu potencial explicativo das decisões tomadas pelo STF quanto ao tema da harmonização entre os direitos à liberdade de expressão (e de imprensa) e à honra e intimidade. Para tanto, foram selecionadas as teorias substancialista de Ronald Dworkin, procedimentalista de Robert Alexy e pragmatista de Richard Posner.

Inicia-se pela teoria substancialista de Ronald Dworkin, que se caracteriza pela defesa da aplicação dos direitos conforme uma interpretação construtivista, que visa a aprimorar os aspectos morais da constituição, observada a história institucional e a integridade do sistema. Desde o início, não se pode desconsiderar que tal pensamento foi construído sob a ótica do sistema jurídico da família *common law*, no qual se atribui a função de criação de normas preponderantemente para a jurisdição (*judge made law*) (ZANON JUNIOR, 2019, p. 278-280).

Dworkin (2014, p. 118-119) critica a proposição convencionalista do juspositivismo, principalmente nos pontos em que esse modelo de pensamento convencionalista, segundo ele, estabelece a separação entre o direito e a moral, limita os direitos ao conjunto de prerrogativas formalmente previstas e admite o emprego da discricionariedade judicial para a resolução dos casos não expressamente antecipados no sistema, consoante a doutrina de Hart. Em outro extremo, também rejeita o pragmatismo jurídico, que foca sua linha mestra de decisão no alinhamento das melhores consequências previsíveis, ainda que com desconsideração eventual da segurança jurídica e das prerrogativas das minorias, a exemplo da teoria defendida por Posner.

Acerca do conceito de direito, o autor expõe que não é possível a compreensão no sentido de ser um conjunto estanque de padrões de julgamento, senão um catálogo não taxativo dos mais variados argumentos empregados pelos juízes no esforço de fundamentação de suas decisões, dentre os quais se sobressaem as regras, as políticas e, principalmente, os princípios jurídicos, embora não exclusivamente (ou seja, trata-se de um sistema aberto, na sua opinião) (DWORKIN, 2010, p. 119-120).

Para Dworkin (2014, p. 264), as regras são diretrizes com elevado grau de determinação que operam segundo o critério da validade. Logo, “ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

O princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36). Trata-se, outrossim, de uma espécie de trunfo moral do indivíduo (inclusive minorias) perante os demais e o estado (a maioria).

Desta maneira distingue princípio de política, que segundo o mesmo autor, é uma modalidade de padrão de julgamento que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (DWORKIN, 2010, p. 36).

No que toca à sua teoria da decisão judicial, Dworkin (2010, p. 132-134) afirma que as decisões devem ser originadas precipuamente por princípios, afastando argumentos de política, ainda que se esteja diante dos chamados casos difíceis (*hard cases*), uma vez que a justificação deve garantir os direitos individuais, ainda que pareçam não atender aos interesses da maioria de uma comunidade.

Assim, o juiz, diante dos casos difíceis, deve se atentar ao papel primordial que os princípios desempenham na sustentação dos argumentos expostos no julgado, pois, após a decisão do caso, darão origem e justificativa para o advento de uma regra particular, a qual não estava inserida no sistema previamente ao caso em julgamento (DWORKIN, 2010, p. 40).

Diante dessa diversidade de fontes e da forma como elas são consideradas quando da decisão judicial, esta matriz teórica sugere que as decisões sejam tratadas como uma teia inconsútil dos padrões de julgamento produzidos ao longo da história institucional em determinada comunidade (DWORKIN, 2010. p. 182).

Prosseguindo, cabe iniciar a breve exposição de aspectos da proposição procedimentalista de Robert Alexy relevantes para o assunto desse artigo, mais precisamente as questões da vinculação entre direito e moral e da ponderação de princípios jurídicos, segundo a lei da colisão.

Para o autor, o direito pode ser conceituado como:

[...] um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção (ALEXY, 2009, p. 151).

De acordo com Alexy (2009, p. 92) com esse conceito, o positivismo jurídico deixa de perceber a relação necessária entre direito e moral:

O positivismo acentua, justamente, que o juiz, nos casos duvidosos, deve decidir com base em princípios morais. Mas, com isso, ele não atinge o ponto crucial. Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com atese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram a moral.

Essa relação entre moralidade e juridicidade é perceptível na necessária pretensão à correção das decisões, segundo a qual os juízes devem ser valer de argumentos de cariz principiológico na construção da fundamentação de cada caso. Outrossim, quando há uma regra jurídica aplicável, devem verificar se ela é formal e materialmente compatível com os princípios constitucionais, antes de efetuar a sua aplicação ao caso concreto. De outra margem, mesmo na ausência de regras específicas (lacunas), ainda assim os magistrados não devem exercer ampla discricionariedade, pois sua margem de manobra é atenuada pela observância do plano secundário e suplementar dos princípios, ainda que de forma mais tênue.

Segundo esse programa de trabalho, a pretensão de correção revela uma argumentação prática de fundo moral, que visa a evitar injustiças extremas, alinhando-se com a chamada fórmula Radbruch (ALEXY, 2009, p. 62-64).

Diante dessa relação necessária, Robert Alexy esclarece que o gênero norma abrange tanto regras como também princípios. A diferenciação entre essas modalidades normativas é perceptível, principalmente, na forma de resolução de eventuais antinomias, ponto que é relevante para o objeto de pesquisa desse artigo.

Sobre as antinomias, o autor (ALEXY, 2015, p. 65) esclarece que:

À teoria das regras dos direitos fundamentais estão abertos três caminhos para a solução de colisão de direito fundamentais: primeiro, a declaração, pelo menos, de uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não vinculativa, segundo, a declaração, pelo menos, de uma das normas como não aplicável ou correspondente e, terceiro, o encaixe, livre de ponderação, de uma exceção em uma de ambas as normas.

Especificamente sobre os critérios para a resolução da antinomia do tipo conflito de regras, Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 69) explicita que são utilizadas metarregras tradicionais, que operam na dimensão da validade, mais precisamente referindo que a “decisão de afastar a regra incompatível dá-se por critérios afixados em cada ordem jurídica ([...] critério hierárquico, [...] critério da especialidade, [...] critério cronológico)”.

Segundo Alexy, a operação na dimensão da validade implica remover a regra que não atende à incidência dos três requisitos referidos, com

a finalidade de se manter a coerência interna do sistema jurídico. Isso porque, segundo ele:

A possibilidade de manter ambas as regras como partes efetivas do ordenamento jurídico e decidir, em um caso concreto, de acordo com o peso, está excluída. Um juiz não pode considerar simultaneamente válidas e nem pode simultaneamente aplicar duas regras cujas hipóteses de incidência ocorrem em um caso, regras essas que possuem consequências jurídicas contraditórias. O fato de uma regra ser válida e aplicável a um caso significa que sua consequência vale. Se ambas as regras deversem ser simultaneamente consideradas válidas e aplicáveis, deveriam então ser proferidos, em uma decisão, dois juízos concretos de dever ser jurídico que se contradizem. Essa possibilidade, do modo específico como fundamentada, deve ser excluída (ALEXY, 2014, E-book).

De outro lado, a colisão entre princípios decorre de sua natureza axiológica aberta, pois suas órbitas de abrangência tendem a se invadir reciprocamente, em diversos contextos fáticos. Por isso, cabe ao legislador efetuar a ponderação principiológica, estabelecendo regras que estruturem critérios mais densos para a resolução de eventuais controvérsias. Contudo, na ausência dessa antecipação legiferante, o magistrado será forçado a efetuar a resolução da contradição entre princípios, de modo a viabilizar a resolução do caso concreto (*non liquet*).

Contudo, em ambos os casos (atuação do legislativo ou do judiciário), a discussão não gira em torno da validade dos princípios colidentes, porquanto representam valores integrados à história institucional do sistema, de forma expressa ou implícita (se não for assim, não se está diante efetivamente de um princípio). Mais precisamente, a discussão gira em torno do peso ou importância de cada princípio em determinado contexto de aplicação. Daí que, “em caso de colisão de princípios, o princípio que tem o maior peso no caso concreto prevalece, sem que isso signifique que o princípio que cedeu seja inválido” (ALEXY, 2014, E-book). Por isso a afirmação de que a resolução da contradição principiológica não é uma operação de validade, mas sim uma análise relacionada com a dimensão do peso.

Na sequência, cabe traçar linhas gerais do pensamento de Richard Posner, alinhado à tese pós-positivista de caráter pragmático e, também, importante autor da escola da Análise Econômica do Direito.

O autor argumenta que os estudos filosóficos sobre moralidade política oferecem pouca contribuição à atividade jurisdicional. Alternativamente,

a academia jurídica deveria se dedicar a pesquisas científicas empíricas, de cunho interdisciplinar (com a economia, a psicologia e a sociologia, principalmente), visando à produção de subsídios que possam efetivamente auxiliar os magistrados na sua atividade deliberativa, de modo que estejam devidamente informados sobre as potenciais consequências de suas decisões para os jurisdicionados (POSNER, 2012, p. 358).

Ou seja, o referido doutrinador (2010, p. 47) é refratário ao desenvolvimento da teoria moral e política abstrata, ante sua parca utilidade para efetivamente subsidiar o processo de tomada da decisão pelos juízes.

Mais precisamente, nos dizeres do autor:

A academia não produz o conhecimento de que juízes, advogados e legisladores necessitam a fim de operar um sistema jurídico moderno, e não existe outra instituição capaz de produzi-lo. A menos que essas graves deficiências do direito acadêmico sejam sanadas, os programas ambiciosos de se aperfeiçoar o direito estão condenados ao fracasso (POSNER, 2007, p. 626).

Por isso que, de acordo com ele (POSNER, 2007, p. 367), o processo de tomada de decisão não é apenas um esforço de equacionamento de princípios, podendo ser visualizado sob uma forma flexível, como uma reconstrução imaginativa dos fatos, diante dos quais cabe ao magistrado elaborar a decisão judicial mais razoável possível, considerando as consequências sistêmicas e as peculiaridades do caso, com olhos em definir o futuro da política pública em questão.

O autor explicita o roteiro para a tomada de decisão judicial, considerando um exemplo de caso concorrencial difícil:

O primeiro passo para se decidir um caso concorrencial difícil, um caso não controlado por precedentes ou, em outros aspectos, não suscetível a um julgamento seguro em primeira instância, consiste em extrair (não – desnecessário dizê-lo – através de um processo dedutivo), da história e dos textos legislativos relevantes, das características institucionais dos tribunais e do poder legislativo e, na falta de uma diretriz definitiva procedente dessas fontes, também de uma concepção social, um conceito geral de direito concorrencial que sirva de guia para a decisão. Atualmente, um popular candidato a tal conceito é a maximização da riqueza, ainda que se trate, como nem é preciso dizer,

de uma opção contestável. Tendo feito essa opção (a Suprema Corte atual quase a fez por ele, mas não inteiramente), o juiz quererá então examinar os precedentes relevantes e outras fontes de informação que possam ajudar a decidir o caso em pauta. Esse é o segundo passo. O terceiro passo é um juízo sobre políticas públicas – em alguns casos, contudo, pode assemelhar-se a uma dedução lógica – que decida o caso de acordo com os princípios da maximização da riqueza. O quarto passo retorna aos precedentes, mas estes agora são vistos como autoridades, e não como simples dados; o juiz vai querer certificar-se de que o juízo sobre políticas públicas feito no terceiro passo não é anulado por nenhum precedente vinculante (POSNER, 2007, p. 177-178).

De acordo com esse entendimento, a missão dos juízes consiste em uma reconstrução imaginativa, levando em consideração o objetivo principal de maximizar benefícios, mormente os econômicos, sem descuidar das consequências concretas e razoáveis do resultado da decisão lavada a cabo.

O ponto principal, para Posner (2010, p. 42), é que tenham em mente as consequências, abstraindo-se razoavelmente da retórica formalista e não levando tão a sério os termos de uma filosofia, mesmo que de cunho pragmática (os juízes são pragmáticos cotidianos). O foco reside nos resultados práticos das decisões judiciais prolatadas pelos tribunais, ou seja, seus efeitos perante os cenários econômico e social, embora não despreze a importância dos precedentes e o valor da preservação da segurança jurídica. Sob essa ótica, o grande desafio que se apresenta é encontrar o “equilíbrio entre os valores da continuidade e da criatividade no processo judicial” (POSNER, 2012, p. 386).

Como se pode perceber, o autor em tela não acredita na possibilidade de eliminação da discricionariedade judicial, conferindo valor à adaptabilidade da jurisdição para o enfrentamento dos mutáveis desafios econômicos e sociais:

O destino de um litigante pode ser determinado pela ocasionalidade com a qual um juiz ou juízes calham de se pronunciar nos sucessivos estágios do seu processo, conforme este vai seguindo seu caminho pelo sistema judicial. Porém, as únicas soluções inimagináveis – um Judiciário homogêneo, no qual juízes sendo parecidos, tenderiam a exercer seu arbítrio da mesma forma ou um corpo de doutrina legal tão detalhado e rígido que juízes não teriam arbítrio – são tão indesejáveis quanto inimagináveis (POSNER, 2010, p. 93).

Efetuada a apresentação dos aspectos relevantes, para este estudo, das teorias dos três autores antes referidos, verifica-se que oferecem soluções aplicáveis, porém diferentes, para a resolução de questões judiciais controvertidas, a exemplo dos diversos casos de contradições entre os direitos de liberdade de expressão e de honra e privacidade. Enquanto Dworkin valoriza a prevalência dos princípios construídos ao longo da história institucional do direito, Alexy estabelece um procedimento discursivo para a resolução das colisões entre princípios constitucionais e Posner defende certa flexibilidade decisória, pautada pelas consequências futuras.

Apresentado esse instrumental teórico, cabe prosseguir para a discussão quanto à conformação dada pela jurisprudência do STF, em seu empreendimento jurisdicional voltando ao estabelecimento do equilíbrio entre as prerrogativas constitucionais de liberdade de expressão (e, bem especificamente, de imprensa) e de honra e vida privada.

3. LIBERDADE DE IMPRENSA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS

Esse terceiro subitem versa sobre a análise das decisões do STF sobre a tutela do direito à liberdade de expressão, mais especificamente na modalidade imprensa, considerando suas contradições com outras prerrogativas constitucionais, principalmente a honra e a intimidade, à luz dos critérios decisórios fornecidos pelas teorias pós-positivistas mencionadas no item anterior.

Para tanto, analisar-se-á dois julgamentos proferidos pelo referido tribunal de vértice, quais sejam, primeiro a decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 130, julgada em 30 de abril de 2009, considerada o *leading case* sobre a temática da liberdade de imprensa, e, a segunda, a mais recente deliberação na reclamação n. 22.328/RJ, julgada pela primeira turma da corte, em 6 de março de 2018.

Quanto à primeira delas, cabe destacar que a decisão exarada na ADPF n. 130 veio a declarar a não recepção da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) pela CRFB/1988, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

O primeiro aspecto a ser destacado do mencionado julgado é no sentido de que, apesar de ter havido a extirpação da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico brasileiro, dentre os vários fundamentos expressados,

houve uma convergência para que se levasse a entender a existência de uma reserva qualificada para a disciplina da matéria referente aos direitos fundamentais que envolvem a liberdade de imprensa e de informação jornalística.

Nesse particular, cabe extrair os fundamentos apresentados pelo ministro relator Carlos Ayres Britto, *in verbis*:

Daí que se torna relevante, pelo menos na minha avaliação, no que tange ao conflito entre a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana na projeção positiva dos direitos da personalidade, estabelecer o padrão de comportamento do Estado, capaz de por meio de suas instituições absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem.

Esse fazer exige uma dedicação não apenas no plano do discurso, mas concreta, científica, capaz de estabelecer alguns critérios possíveis para esvaziar o conflito. Deixar sem essa mediação será como condenar no tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, penso que não será razoável estabelecer o padrão de vedação pura e simples da mediação do Estado por seus órgãos na regulação do tema. Isso pode e deve ser feito considerando o princípio da reserva qualificada previsto na Constituição Federal no art. 220, §§ 1º e 2º. Note-se que essa reserva está vinculada ao art. 5º, incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato), V (direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem), X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer) e XIV (é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional).

Essa estrutura da disciplina constitucional revela com toda clareza que não se pode deixar ao desabrigo da mediação estatal esse provável conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, ou seja, objetivamente, esta Suprema Corte, como guardiã da Constituição, será chamada a intervir nas situações em que esse conflito estiver presente, na melhor tradição das Cortes Constitucionais

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADPF nº 130 DF, 06/11/2010, p. 93-94).

O segundo aspecto a ser destacado, por outro lado, é a questão referente à resolução das contradições entre prerrogativas fundamentais, mais especificamente considerando os direitos à liberdade de imprensa e de honra e intimidade, observada a conformação da dignidade da pessoa humana. É nesse particular que se sobressaem elementos teóricos auxiliares, obtidos das teorias pós-positivistas antes referidas, dada a insuficiência do instrumental juspositivista para a redução da discricionariedade judicial para auxiliar nesta tarefa.

A tratar dessa questão, os ministros consideraram ser viável a equalização das prerrogativas constitucionais, em um primeiro plano, pela prevalente função legislativa, embora tenha externado algum grau de preocupação em fixar o entendimento de que a atividade legiferante não deve criar condições de intimidação ou embaraço à informação jornalística. Nesse ponto, o acórdão do julgado fez constar que o núcleo essencial da liberdade de informação jornalística não seria passível de atingimento por qualquer regulação estatal, ou seja, referiu a proteção quanto à limitação do tempo, da extensão, da duração e do tamanho da liberdade de informação.

Acerca desse ponto, cabe reproduzir os fundamentos expostos pelo ministro relator:

Talvez com maior precisão hermenêutica: a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, há de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Coordenadas de tempo e de conteúdo que exprimem o que vimos chamando de “núcleo duro” ou essência mesma da liberdade de imprensa. Seu epicentro. Restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADPF nº 130 DF, 06/11/2010, p. 55).

Ao tratar dessa proteção ao conteúdo fundamental da liberdade de imprensa, o ministro relator adotou fundamento relacionado com a

tese da preferência valorativa abstrata perante as demais prerrogativas fundamentais, consoante a teoria e os precedentes estrangeiros referidos no primeiro item desse artigo. Afirmou-se acerca de um algum grau de preferência hierárquica entre direitos do patamar constitucional, ao ponto de referir o termo “sobredireito”.

Para esclarecer esse aspecto, novamente se faz imprescindível trazer os exatos contornos conferidos ao tema pelo relator:

Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos sobredireitos (faamos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício, ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; ou seja, como exercer em plenitude o direito à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral (sobredireitos de personalidade, reitere-se a afirmativa), sem a possibilidade de contraditar, censurar, desagradar e até eventualmente chocar, vexar, denunciar terceiros? Pelo que o termo “observado”, referido pela Constituição no caput e no § 1º do art. 220, é de ser interpretado como proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, como os mencionados incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º. Proibição de se fazer tabula rasa desses preceitos igualmente constitucionais, porém sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das liberdades de manifestação do pensamento e expressão em sentido lato (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADPF nº 130 DF, 06/11/2010, p. 46).

Entretanto, é muitíssimo importante registrar que, nesta assentada, tal premissa (referente à preferência valorativa abstrata), não foi referendada pelos demais integrantes do plenário. Outrossim, a teoria da *preferred position* da liberdade de imprensa não foi adotada no sistema jurídico brasileiro naquele momento.

Fixados esses pontos cruciais da temática, importa observar a evolução da discussão, passando para aspectos destacados do julgamento da reclamação n. 22.328 perante o STF.

O referido caso trata de possível descumprimento do que decidido pelo STF por ocasião do julgamento antes examinado, precisamente a ADPF n. 130, uma vez que decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) havia determinado que uma reportagem fosse retirada do sítio eletrônico de certa empresa jornalística, sob o fundamento de que teria atingido a honra e a dignidade do cidadão objeto da reportagem (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RCL nº 22.328/RJ, DJe 10/05/2018).

Nesse julgado, exacerba a temática referente à contradição entre prerrogativas de igual hierarquia constitucional, mais precisamente a liberdade de imprensa e a honra e intimidade. Outrossim, a oportunidade fez emergir novamente a questão referente à preferência valorativa abstrata da liberdade de imprensa, ou, em outros termos, sua preferência perante outros direitos de igual estatura no sistema jurídico.

Sem embargo, novamente nesse caso, o ministro relator trouxe a tese de que a liberdade de expressão, na vertente da liberdade de imprensa, possui posição privilegiada em nosso ordenamento jurídico (as expressões empregadas foram “prioridade *prima facie*” e “posição preferencial (*preferred position*)”), fazendo menção ao mesmo posicionamento também ostentado em tratados internacionais.

Segundo o ministro Luís Roberto Barroso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RCL nº 22.328/RJ, 10/05/2018, p. 11):

A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial (*preferred position*), o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto. Consequentemente, deve haver forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas de liberdade de expressão.

Denota-se aqui uma relevante mudança de paradigma em relação ao que decidido na ADPF n. 130, a fim de se efetivamente adotar a teoria que confere uma posição privilegiada à liberdade de informação perante outros direitos fundamentais e, portanto, impondo ônus argumentativo maior àquele que pretende restringi-la.

Importa referir que, em seu voto de relatoria, o ministro Luís Roberto Barroso especificamente invocou o instrumental teórico pós-positivista proposto por Robert Alexy para a resolução de colisões entre direitos fundamentais, mormente diante do vácuo do juspositivismo nesse particular.

A referida opção hermenêutica fica clara na seguinte passagem do voto:

Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação, que, como se sabe, é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RCL nº 22.328/RJ, 10/05/2018, p. 11).

Com o fito de subsidiar o enquadramento para solucionar conflitos dessa natureza, o relator ainda propõe a aplicação de oito critérios ou elementos a serem considerados quando da aplicação da máxima da proporcionalidade em casos que envolvam a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Importa delinear essas oito diretrizes fixadas pela corte de superposição:

No estudo acima referido, defendi a aplicação de oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Ao menos uma boa parte desses parâmetros parece ter sido acolhida pelo STF ao julgar a ADPF 130, Rel. Min.

Ayres Britto, no acórdão ora invocado como paradigma (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RCL nº 22.328/RJ, 10/05/2018, p. 18).

Encerrando o destaque dos pontos centrais dos referidos julgados, é possível estabelecer, em síntese, que o STF admite o emprego da estratégia de ponderação para a resolução de contradições entre direitos fundamentais e, adicionalmente, também ressalta a possibilidade de determinadas prerrogativas alçarem uma posição privilegiada perante as demais de mesma hierarquia.

No caso específico em análise, a liberdade de imprensa tende a conflitar com o direito à honra e à intimidade, oportunidade em que ostenta uma posição privilegiada, impondo ônus argumentativo mais severo para viabilizar eventuais restrições, visando a equalização (concordância prática) entre valores morais, considerando oito diretrizes específicas para tanto.

Adicionalmente, segundo uma abordagem pós-positivista, a tomada de decisão pelo STF, mormente no caso de contradição entre prerrogativas fundamentais, não é passível de ser descrita como apenas uma simples subsunção, em que um critério preponderante (norma jurídica), cotejado por circunstâncias fáticas (reconhecimento conforme as provas), permite uma conclusão lógica (decisão). Além de estabelecer silogismos, a atividade decisória pode ser descrita como um empreendimento complexo, guiado pelas fontes do sistema jurídico e voltado à segurança jurídica, mas sem fornecer respostas prontas e objetivas, mormente porque envolve valores morais de interesse social (ZANON JUNIOR, 2019. p. 188-190).

Com efeito, a análise dos casos acima demonstra que o sistema não consiste em um acervo de respostas preestabelecidas para a resolução de questões controvertidas, a exemplo das colisões entre liberdade de imprensa e a honra e intimidade. Outrossim, “o enunciado interpretativo emitido por um juiz não descreve algo pré-existente, mas tampouco pode ver-se como uma prescrição, visto que se trata mais exatamente de uma criação peculiar, um desenvolvimento guiado – embora não pré-determinado em todos os seus aspectos – por certos critérios (algo intermédio entre criar e aplicar) e que, de certo modo, tem algo de descritivo e prescritivo” (ATIENZA, 2014, p. 69).

Nessa linha de raciocínio, o magistrado tem a função constitucional de analisar as situações concretas segundo um conjunto amplo de parâmetros de julgamento, previsíveis às partes na data dos fatos, visando a construir

a solução sob a forma estrutural de uma norma jurídica. A tarefa judicial consiste, assim, no empreendimento criativo e flexível de construir a ponte entre a realidade fática (o ser) e o sistema jurídico (o dever-ser) (ZANON JÚNIOR, 2019, p. 414-416).

CONCLUSÕES

O objetivo deste artigo consistiu em apresentar aspectos destacados do tratamento dado ao direito fundamental à liberdade de expressão, na vertente da liberdade imprensa, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em seus recentes julgados, voltando mirada, ainda, às diversas correntes da ciência jurídica classificadas como pós-positivistas, as quais buscam explicitar o relacionamento entre direito e moral, como critérios de julgamento indissociáveis.

Inicialmente, abordou-se a tese de que os direitos fundamentais não mais carregam a característica clássica de serem absolutos e, portanto, insuscetíveis de serem submetidos a restrições. Tais direitos passaram a ter uma conformação que permite a sua ponderação em face de outros direitos de mesma hierarquia, diante da complexidade inerente às relações sociais. Essa equalização não prescinde da ponderação de seu peso moral no tecido social, seja pelo legislador ou, no respectivo vácuo, pelo poder judiciário, dada a inafastabilidade da jurisdição (*non liquet*).

Também se esclareceu uma distinção conceitual quanto à prerrogativa constitucional central do texto. De um lado, a liberdade de expressão (gênero) se refere à livre exteriorização do pensamento por quaisquer meios, dentre eles a criação artística ou literária, incluindo-se o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música e as opiniões em redes sociais, abrangendo, inclusive, a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo de comunicação. De outra, a liberdade de imprensa (espécie) diz respeito à prerrogativa de comunicação social, ou seja, ao direito de informar, observados critérios profissionais voltados a evitar versões parciais e falsidades (*fake news*), com posição privilegiada no esquema constitucional.

Foram também abordados aspectos centrais das teorias pós-positivistas mais conhecidas nos cenários acadêmico e forense brasileiro, consistentes nas proposições substancialista de Dworkin, procedimentalista de Alexy e pragmatista de Posner. Das referidas teorias, foram extraídos elementos que poderiam servir de instrumental teórico para auxiliar e informar a tomada de decisões em casos controversos, a exemplo das

situações de contradições entre prerrogativas fundamentais, que envolvem o balanceamento de princípios éticos relevantes.

Com base nas premissas teóricas antes referidas, foi iniciada a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal visando a destacar aspectos relevantes quanto à aplicação da prerrogativa constitucional da liberdade de expressão, mais especificamente de imprensa, mormente considerando a tendência de contradição com outros direitos de igual estatura, a exemplo da honra e intimidade. Com essa finalidade, foram enfocadas, primeiro, a decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 130, julgada em 30 de abril de 2009, considerada o *leading case* sobre a temática da liberdade de imprensa, e, a segunda, a mais recente deliberação na reclamação n. 22.328/RJ, julgada pela primeira turma da corte, em 6 de março de 2018.

Ao analisar os referidos julgados, foi esclarecido que os casos envolvendo a contradição entre prerrogativas fundamentais provocam a necessidade de a jurisdição efetuar o balanceamento entre valores morais, seja para conferir a conformação preferencialmente estabelecida pelo legislador, como também para preencher eventual vácuo no sistema jurídico. Referiu-se ainda que, em sede de controle concentrado, a corte de superposição afastou os limites fixados pelo legislador ordinário na Lei de Imprensa, esclarecendo que os contornos legiferantes não poderiam derruir o núcleo elemental da liberdade de imprensa. Também foi referido que, inicialmente, a corte suprema não adotou a tese da posição privilegiada da liberdade de imprensa perante as demais prerrogativas constitucionais, mas, posteriormente, tal tese foi expressamente acolhida por um de seus órgãos fracionários. Além disso, foram expostos quais os oito critérios fixados pelo STF para serem considerados pelos julgadores quando diante de contradições entre a liberdade de imprensa e outros direitos fundamentais, notadamente a honra e a intimidade.

Por fim, após a análise das decisões da suprema corte sobre a temática eleita à luz das teorias pós-positivistas, foi destacado o argumento de que as deliberações em casos controvertidos não consistem somente em uma operação subsuntiva, em que um critério preponderante (norma jurídica) é cotejado por circunstâncias fáticas (reconhecimento conforme as provas) para atingir uma conclusão lógica (decisão). Além de estabelecer silogismos, a atividade decisória pode ser descrita como um empreendimento complexo, guiado pelas fontes do sistema jurídico e voltado à segurança jurídica, que envolve a ponderação de valores morais de interesse social. Nessa linha de raciocínio, o magistrado tem a função constitucional de analisar as situações

concretas segundo um conjunto amplo de parâmetros de julgamento, previsíveis às partes na data dos fatos, visando a construir a solução sob a forma estrutural de uma norma jurídica, mediante o estabelecimento da ponte entre a realidade fática (o ser) e o sistema jurídico (o dever-ser).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, 2004, p. 1-36.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel;

SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

MENDES, Gilmar. F.; BRANCO, Paulo. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 15 ed. São Paulo: Emais Editora, 2021.

POSNER, Richard Allen. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANCHIS, Prieto de. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - *ADPF nº 130 DF*, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 30/04/2009, Data de Publicação: DJe 06/11/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - *RCL nº 22.328/RJ*, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 06/03/2018, Data de Publicação: DJe 10/05/2018.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. e-book.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A posição privilegiada da liberdade de imprensa e o direito à informação verdadeira. *Revista da Esmesc*, Florianópolis, v. 17, n. 23, 2010, p. 145-173.

Orlando Luiz Zanon Júnior
Rafael Espíndola Berndt

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Curso de filosofia jurídica*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Manual de gestão judicial*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

RECEBIDO EM: 23/11/2021
APROVADO EM: 20/10/2022

MISERABILIDADE E BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: DOS CRITÉRIOS ARITMÉTICOS DA RENDA FAMILIAR AO TESTE DE MEIOS

MISERABILITY AND WELFARE BENEFIT: FROM THE ARITHMETIC CRITERIA OF FAMILY INCOME TO MEANS TEST

Rodrigo Zacharias¹

Cristiane Fátima Grano Haik²

Paulo Bueno Azevedo³

-
- 1 Doutor em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito (Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) no Centro Universitário de Bauru (Instituto Toledo de Ensino). Especialização em Direito Público na FADOM, atualmente Faculdades Pitágoras, unidade Divinópolis-MG. Especialização em Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti na Universidade de Pisa, Itália. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Juiz federal.
 - 2 Doutoranda e Mestre em Direito das Relações Sociais (Direito Previdenciário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora da área trabalhista e previdenciária do escritório Furriela Advogados
 - 3 Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito Santo André (FADISA) e na Universidade de Mogi das Cruzes (UMC).

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da pobreza. 2. Sobre o custo dos direitos sociais. 3. Percipientes. 4. Núcleo familiar. 4.1. Subsidiariedade do benefício assistencial. 5. Grau de miserabilidade. 5.1. Os entendimentos do Supremo Tribunal Federal. 5.1.1. ADI 1.232. 5.1.2. Tema 312. 5.1.3. Tema 27. Legislação na pandemia do Covid-19. 7. Cadastro Único. Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo analisa a questão da miserabilidade como requisito objetivo à concessão do benefício assistencial de prestação continuada – BPC, previsto nos artigos 203, V, da Constituição Federal e 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, segundo critérios que superam o cálculo aritmético da renda familiar per capita do requerente. Cuida-se de estudo realizado pelo método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. É analisada a evolução da jurisprudência, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, bem como o problema da subsidiariedade do benefício contextualizado à luz da súmula nº 23 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região. Investiga-se também a legislação recente, editada na pandemia do COVID-19, além do Cadastro Único. Conclui-se que, na aferição da miserabilidade, não se prescinde da análise da obrigação alimentar de integrantes da família, a teor do dever constitucional alimentar, dirigido a pais e filhos, estabelecido no art. 229 da Constituição Federal. Conclui-se que o critério baseado em valor da renda familiar per capita, previsto no art. 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, é insuficiente à aferição da concreta situação de miserabilidade, cabendo a realização do teste de meios, na esteira das diretrizes contidas nos precedentes da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência. Benefício de Prestação Continuada. Miserabilidade. Subsidiariedade. Teste de Meios.

ABSTRACT: The article analyzes the issue of necessity as an objective requirement for the granting of the welfare benefit (BPC), as established by articles 203, V, of the Federal Constitution and 20, § 3, of Law n. 8.742/93, according to criteria that surpass the arithmetic calculation of the applicant's per capita family income. This study applied the deductive method, through bibliographical and jurisprudential research. The evolution of the national court decisions, chiefly those issued by the Federal Supreme Court is analyzed, as well as the problem of the subsidiarity of the welfare benefit contextualized according to Court Resolution nº 23 of the Regional Panel of Uniformization of the Federal

Special Courts of the 3rd Circuit. Recent legislation, edited during the COVID-19 pandemic, is also investigated, in addition to the “Cadastro Único”. It comes to the conclusion that, in the assessment of necessity, one ought to analyse the obligation to pay alimony, imposed upon family members, in line with the constitutional duty to pay alimony directed at parents and children, established in article. 229 of the Federal Constitution. In addition, it also comes to the conclusion that the criterion based on the value of the family income per capita is insufficient to measure the concrete situation of misery, and the means test is required, according to precedents of the Federal Panel of Uniformization.

KEYWORDS: Welfare. Economic Assistance, Poverty Line. Subsidiarity. Means Test.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ostenta caráter compósito, pois o texto aprovado decorreu da ausência de uma maioria ideologicamente convicta a respeito de pontos fundamentais, nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 1).

A preocupação do legislador constituinte com a questão social é patente. Consoante o teor do Preâmbulo da Constituição Federal, o Estado Democrático tem por fim “*assegurar o exercício dos direitos sociais*”.

Numa faceta, o legislador constituinte assegura a livre iniciativa (art. 1º, IV e 170, *caput*) bem como a liberdade de escolha de profissão (art. 5º, XIV), estabelecendo o primado do trabalho como objetivo da Ordem Social (art. 193).

Noutra, determina que seja respeitada a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e funda uma República baseada em valores como justiça e solidariedade, esculpindo objetivos magnos como a redução das desigualdades sociais.

Dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, I e II, estão os de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”, além “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*.”

Mais que isso, a justiça social compõe um dos objetivos da ordem social, pois, a teor do art. 193, “*A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*.”

Conquanto não previsto expressamente como um dever, o trabalho é o meio pelo qual se cria a riqueza, tanto que é resguardado por inúmeros direitos previstos na própria Constituição (art. 7º).

Ocorre que certo grupo de pessoas, fragilizadas não apenas no aspecto social, mas também no pessoal, não têm condições de exercer o trabalho por razões físicas ou psicológicas, e por isso se encontram em situação de pobreza.

Para estas pessoas, vulneráveis socialmente, há uma previsão específica contida na Constituição de modo a lhes assegurar, a elas e somente a elas, o *direito* à subsistência por meio do pagamento de um valor padrão mínimo nacional, em dinheiro, supostamente apto a sua manutenção.

Vejamos. Ao tratar da ordem social, a Constituição Federal elenca as áreas de atuação capazes de propiciar os almejados bem-estar e justiça sociais, dentre os quais, e, em primeira ordem, está a *seguridade social*, que, conforme reza o art. 194, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A assistência social, assim sendo, enquanto política pública integrante da seguridade social, é a técnica de proteção social mais concatenada com tais projetos, contando com *objetivos* a serem cumpridos pela sociedade e pelo Estado, conforme os termos do art. 203 da Constituição Federal:

Art. 203: A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Ademais, no *caput* do art. 6º da CF, a *assistência* é prevista para ser concedida aos *desamparados*. Já a Lei Orgânica da Assistência Social - Lei nº 8.742/1993 contempla várias ações consistentes em serviços socioassistenciais voltadas para as necessidades básicas, como projetos de enfrentamento da pobreza, benefícios eventuais prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública, além do pagamento do Benefício de Prestação Continuada - BPC, de acordo com as condições previstas em referida lei, ao qual se dedica o presente estudo.

Os titulares do direito ao benefício assistencial de prestação continuada, doravante denominado BPC, são as pessoas mencionados no art. 203, V, do Texto Magno: idosos e pessoas com deficiência, termos que foram especificados na legislação infraconstitucional.

Esse direito à subsistência – previsto tão somente a tais idosos e pessoas com deficiência – implica a concessão de um benefício mensal de um salário mínimo. Outras pessoas, porventura também fragilizadas pessoal ou socialmente, que não se subsumam a tais critérios, não farão jus ao benefício, o qual, por ser gratuito, pode ser considerado “não contributivo”.

Quem não se subsumir ao conceito legal de pessoa com deficiência ou não tiver mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, para obterem o pagamento e a manutenção de um valor mensal de um salário mínimo, terão de contribuir para o sistema de previdência social, na forma do art. 201 da Constituição.

O intuito desse trabalho é delinear um quadro para fins de definição da linha de pobreza apta a ensejar a aquisição desse direito fundamental social, inserido na assistência social (art. 6º, *caput*, e 203, V, da CF).

Mas, não é uma atividade fácil definir graus de pobreza, por envolver múltiplos critérios baseados em fatores sociais e individuais. O primeiro passo, portanto, é tratar, perfunctoriamente embora, do fenômeno da pobreza.

1. DA POBREZA

A pobreza existe desde os primórdios da civilização e muitas tentativas de minorar seus efeitos têm sido infrutíferas, inclusive no Brasil, um país extremamente desigual.

Segundo Venturi, pobreza é um estado em que o indivíduo ou sua família encontrem-se expostos a privações e sofrimentos como consequência da carência, incluindo a temporária privação de meios para satisfazer suas próprias necessidades essenciais (VENTURI, 1994, p. 21).

Destaque-se que a pobreza é um fenômeno complexo, que pode ser classificado em termos absolutos ou relativos. A pobreza absoluta estaria vinculada à questão da própria sobrevivência (mínimo vital), ao passo que a pobreza relativa há de ser definida em função de cada sociedade, conforme seus aspectos socioeconômicos e culturais, inclusive. No último caso, cite-se como exemplo a inclusão do chá na cesta básica alimentar da Inglaterra (ROCHA, 2011, pp. 11-12). A complexidade do fenômeno e a dificuldade de traçar a linha distintiva da pobreza absoluta e relativa certamente refletem-se nas controvérsias sobre o conceito legal de miserabilidade, a ser visto adiante.

Ademais, a pobreza pode vista como decorrente de dois tipos de causas: individuais e sociais. Aquelas estão ligadas à existência de limitações físicas ou intelectuais inerentes aos indivíduos, de caráter temporário (como doenças ou acidentes) ou permanente (como o ócio, o esbanjamento de bens). Estas seriam resultado dos desequilíbrios de dada organização social, como a destruição causada pelas guerras, as depressões econômicas, a discriminação racial, sexual e religiosa, a insuficiência do salário etc (VENTURI, 1994, pp. 21-23).

Seja qual for a causa da pobreza, geradora sempre de necessidades sociais, o Estado, para além de prestar serviços de educação, saúde e segurança pública, passou a atuar na *ajuda social* aos indigentes, já que o problema do pobre envolve consequências sociais, isto é, atingem toda a coletividade. Essa ajuda social é prestada, segundo a Constituição, pela assistência social.

O art. 23, II, do Texto Magno estabelece que é da competência comum dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) cuidar da *assistência pública*. Porém, cabe à esfera federal, além de

elaborar normais gerais, conceder o benefício assistencial de um salário mínimo mensal devido a pessoas com deficiência e idosos, nos termos do art. 203, V, da Constituição.

O BPC é disciplinado na Lei n.º 8.742/93, conhecida por Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, a qual dispõe sobre sua organização e operacionalização. As prestações previstas são benefícios (arts. 20 a 22), serviços socioassistenciais (art. 23), programas (art. 24) e projetos de enfrentamento da pobreza (arts. 25 e 26).

O BPC é previsto nos arts. 20 e 21 da mesma LOAS, consistindo no pagamento de um salário mínimo mensal a idosos e pessoas portadoras de deficiência considerados hipossuficientes ou miseráveis, segundo certos critérios objetivos.

Antes de avançarmos, exatamente por tratarmos de um benefício não contributivo, destinado a certo nicho de pessoas, urge tecer algumas considerações sobre o custo dos direitos sociais.

2. SOBRE O CUSTEIO DOS DIREITOS SOCIAIS

A despeito de o Estado assegurar a algumas pessoas o direito à subsistência, não há propriamente uma relação entre a necessidade e a proteção oferecida, já que, para Wladimir Novaes Martinez, essa última “*cinge-se ao mínimo oferecível pelo Estado na medida de suas forças*” (MARTINEZ, 1995, p. 217). Tal se dá porque a necessidade humana não tem limites conhecidos, mas a capacidade de custeio do Estado tem.

Quanto maior a hipossuficiência do indivíduo, maiores são as suas necessidades, porém a assistência social encerra o conjunto de meios *apenas* supletivos de amparo. O art. 1º da Lei n.º 8.742/93 já adianta que a assistência social se presta a garantir as necessidades básicas, ou seja, apenas as necessidades básicas. Já no art. 2º, parágrafo único, da mesma lei, o legislador esclareceu que a assistência social visa, entre outros escopos, à garantia dos mínimos sociais.

Por outro lado, o art. 195 da CF/88 estabelece que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta. Os recursos da assistência social são oriundos do orçamento da seguridade social, conforme reza o art. 204 da CF/88, pois os assistidos não têm capacidade financeira para contribuírem.

Da mesma forma, deve ser considerado custeio indireto a imunidade a tributos conferida às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei, consoante a dicção do § 7º do art. 195 da Constituição Federal.

Enfim, a Constituição da República estabelece *solidariedade financeira*, na medida em que utiliza a contribuição dos que podem pagar para auxiliar aqueles que não podem, nos exatos termos do espírito de solidariedade e de justiça social já referidos.

Com efeito, o problema da pobreza gera consequências em todo o corpo social, inclusive nos mais ricos. Celso Barroso Leite escreveu, há tempos, acerca desse aspecto da assistência social:

Sua prestação também pode variar desde o apoio individual, mais próximo da filantropia, até o auxílio coletivo, menos pessoal e menos direto, de grupos ou da comunidade; e mesmo quando a sociedade assume esse encargo, por intermédio de órgãos públicos próprios, temos a assistência social. Nota-se, entretanto, que ela não se prende apenas a motivos altruísticos, humanitários, caritativos. As necessidades básicas dos indivíduos carente acabam repercutindo sobre os demais indivíduos e em última análise sobre a sociedade; esta, então, se antecipa racionalmente a elas, se prepara para supri-las. As providências nesse sentido são hoje um imperativo de ordem socioeconômica e até já se vão tornando objeto de um Direito Assistencial (LEITE, 1997, p. 533).

Ainda em relação ao *custo dos direitos sociais*, conveniente referir as ponderações de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, para quem todos os direitos, não apenas os sociais, são de alguma forma prestacionais, porquanto demandam aportes financeiros significativos por parte do Estado (2019, pp. 23, 61, 109 e 173).

Para assegurar mesmo os direitos de primeira geração ou primeira dimensão, relativos às liberdades e direitos civis, exige-se que o Estado dispenda grandes valores. Exemplos de gastos usados na garantia dos direitos individuais são a aquisição de estrutura material a garantir o direito ao voto (prédios, servidores, bens móveis) ou mesmo os aportes essenciais à manutenção do direito de propriedade, como uma Polícia atuante no papel de assegurar a segurança pública.

Alertam os referidos autores que os pobres, por não terem qualquer propriedade, não são beneficiados com tais vultosos investimentos.

Mesmo os gastos destinados ao orçamento do Poder Judiciário, dispêndios essenciais para o julgamento de litígios em torno de bens materiais, os miseráveis, por não possuírem quaisquer bens, estão excluídos desse investimento do Estado.

Enfim, o gasto em direitos sociais é de ser enxergado como um investimento do Estado em benefício não só dos percipientes, mas de todo o corpo social. Apenas a título ilustrativo, há diversos estudos relacionando o decréscimo de benefícios sociais com a criminalidade. Loïc Wacquant, estudando a supressão da *General Assistance*, no Estado de Michigan, nos Estados Unidos, constatou que, no mesmo ano do término do programa, que deixou sem assistência cerca de 82.000 adultos, o Estado gastou US\$ 1,32 bilhão para encarcerar 44.000 condenados, sendo que “o custo estimado de cada prisioneiro foi 11 vezes superior à quantia média destinada a um beneficiário do sistema de bem-estar social.” (WACQUANT, 2019, p. 100).

Para finalizar esse tópico, é de se registrar que o custeio da assistência social vem da contribuição vertida por toda a sociedade, incluindo o *próprio assistido*, enquanto contribuinte consumidor. Fato notório que é, o sistema tributário é considerado bastante *regressivo* por obter enorme parcela das receitas de tributos que incidem sobre o consumo, como o ICMS, implicando sobrecarga aos mais pobres, quando da comparação do comprometimento do valor desse tributo em relação às suas escassas rendas.

3. PERCIPIENTES

O art. 203, V, da Constituição de 1988 estabelece *dois requisitos* para a concessão do BPC, um de natureza subjetiva (tratar-se de pessoa com deficiência ou idoso com mais de 65 anos), outro de natureza objetiva (enquadrar-se na situação de miserabilidade ou estado de necessidade).

Segundo o art. 20, caput, da Lei n. 8.742/93, para fazer jus ao benefício, a pessoa deve ter mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou enquadrar-se no conceito de pessoa com deficiência hospedado no § 2º do mesmo artigo 20. A atual redação do referido parágrafo foi dada pela Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015.

Quando se fala em requisito subjetivo, trata-se do idoso com mais de 65 (sessenta e cinco) anos e da pessoa com deficiência.

Na definição dos requisitos subjetivo e objetivo, não poderá o legislador infraconstitucional, quando proceder à *distributividade* das prestações da Assistência Social, excluir parcelas significativas da população necessitada, porque implicaria afronta à norma contida no 194, parágrafo único, III, do Texto Superior.

Somente serão válidos os critérios (de definição dos requisitos objetivo e subjetivo) se compatíveis com o desígnio traçado pelo Constituinte, visto que a distribuição há de ser inspirada na Justiça Social. Beneficiários são os *desamparados* referidos no art. 6º da Constituição Federal.

Quanto à denominação, Cesarino Júnior consagrara a palavra *hipossuficiente*, bastante utilizada até hoje para denominar as pessoas necessitadas, carentes e pobres (CESARINO JÚNIOR, 1970, p. 417).

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, os percipientes, quando miseráveis, são chamados de hipossuficientes. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) utiliza tal expressão em outro contexto, razão pela qual preferimos a palavra *percipientes* a hipossuficientes.

Outrossim, tanto o idoso quanto a pessoa com deficiência podem ser chamados de *beneficiários*, mas entendemos que a palavra *percipientes* é mais adequada por ser mais técnica, haja vista não denotar a ideia de “benefício” visto como “benesse”, já que se trata de legítimo direito social.

4. NÚCLEO FAMILIAR

A análise do significado da expressão “núcleo familiar” é imperiosa porquanto será com base nela que se apurará a renda mensal *per capita*, estabelecido pelo legislador ordinário como critério objetivo de aferição da miserabilidade.

O art. 226 da Constituição Federal estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Tanto o casamento quanto a união estável poderão caracterizar a família, para os fins específicos do art. 203, inciso V, da Constituição. A propósito, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

Mas não apenas o conjunto de pessoas formado pelos cônjuges ou companheiros e seus filhos poderá ser caracterizado como família, para fins assistenciais, nos termos do § 4º do art. 226 da Constituição de 1988, que reza: “§ 4º – *Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”.

Essa definição de quais pessoas integram o “núcleo familiar” é de grande importância, porque somente terá direito a receber o BPC quem não possuir meios de prover a própria manutenção pelo trabalho, nem tiver provida por sua *família*, razão pela qual o número de pessoas influi na consideração da miserabilidade, como se verá adiante.

Muito bem.

O art. 20, § 1º, da Lei n.º 8.742/93 estabelecia, em sua redação original, que se entende por família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivessem no mesmo teto. Cuidava-se de um conceito criado exclusivamente para fins de assistência social.

Discutiu-se nos tribunais se era possível computar a renda obtida por um integrante da família em sentido amplo, que resida no mesmo teto, mas não estivesse dentre os elencados no art. 16 da Lei n. 8.213/91.

A Turma Nacional de Uniformização, ao apreciar o Tema 73, afetou a seguinte questão: “*Saber qual a composição do grupo familiar para concessão do benefício assistencial, no período anterior à Lei n. 12.453/2011.*” A tese firmada, em acórdão publicado em 31.8.2012, foi a seguinte: “*O grupo familiar deve ser definido a partir da interpretação restrita do disposto no art. 16 da Lei n. 8.213/91 e no art. 20 da Lei n. 8.742/93, esta última na sua redação original.*”

O julgado da TNU, portanto, não admitiu a inclusão de pessoas estranhas ao rol restrito contido no art. 16 da Lei n. 8.213/91 e no art. 20, § 1º, da Lei n. 8.742/93. Mais recentemente a Turma Nacional de Uniformização proferiu julgados em sentido um pouco diverso, como se verá adiante.

Seguindo com a evolução legislativa, vê-se que a Lei n. 12.435/2011 alterou a regra do § 1º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, a partir de quando

o núcleo familiar passou a ser o composto pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Já foi registrado que conceito legal de núcleo familiar causa enormes *distorções* na avaliação da capacidade de a família prover sua própria manutenção (ZACHARIAS, 2021, p. 288).

De fato, inúmeros casos levados a julgamento na Justiça Federal evidenciam situações em que pessoas da família residem em casas anexas, no mesmo terreno, ou são vizinhas em terrenos diversos, circunstâncias que devem ser levadas em conta na aferição da miserabilidade. Noutros casos, o requerente é sustentado por pessoa da família que ostenta boas condições econômicas, mas não reside no mesmo teto.

4.1. SUBSIDIARIEDADE DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

A questão da dimensão do núcleo familiar está diretamente relacionada com o princípio da subsidiariedade (BARACHO, 2000, p. 28; ZACHARIAS, 2021, p. 284), que se revela na noção de que o Estado só deve intervir nas relações sociais e econômicas quando as pessoas, elas próprias, não forem capazes de lidar com os desafios e problemas enfrentados.

A valoração desse princípio doutrinário não deve ser vista do ponto de vista exclusivamente liberal, com intuitos de redução do Estado. Para José Alfredo de Oliveira Baracho a subsidiariedade é noção intermediária entre o Estado Liberal⁴ e o Estado Social (BARACHO, 2000, p. 95).

Ipso facto, se o indivíduo em situação de necessidade social está sendo amparado pela família ou pela comunidade local, não se justifica a concessão de medida assistenciais. Nesse diapasão, valoriza-se a distribuição de deveres entre o Estado e a sociedade (AJOUZ, 2012; MARQUES, 2009, p. 26-27).

4 Importante doutrina rechaça a aplicação do princípio da subsidiariedade na assistência social, por entender que implica agravamento da condição social de pessoas já vulneráveis (WAILLA, 2018, p. 180-192; PASSOS, 2018, p. 19-27).

No mesmo sentido, a súmula n. 23 da Turma Regional de Uniformização do Juizado Especial Federal da 3ª Região: *“O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil”*.

A Turma Nacional de Uniformização entendeu que a interpretação da norma que disciplina o requisito da miserabilidade, exigido para a concessão do BPC:

“deve ser no sentido de que a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade” (Pedido de Uniformização n. 0511978-42.2015.4.05.8300, DJ 22.02.2018, DP 28.02.2018).

Nessa ótica, há necessidade de aferição de outros fatores, como o patrimônio do requerente, eventual poupança e a capacidade financeira de filhos e pais, atados por obrigações alimentares recíprocas, à luz do art. 229 da Constituição Federal.

Em favor de tal entendimento, pode ser evocada a lição de Eros Roberto Grau, para quem o Direito não pode ser interpretado em “tiras” (GRAU, 2021, p. 86), cabendo a análise do direito fundamental à assistência social mediante a análise lógico-sistemática dessa outra norma constitucional, conformada no art. 229 do Texto Magno.

Em outro precedente da Turma Nacional de Uniformização, decidiu-se que a renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não induz presunção absoluta quanto ao estado de miserabilidade, razão pela qual:

“(…) tem se admitido que o Magistrado alcance o benefício em situações nas quais a renda supera o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, e do mesmo modo, parece razoável também negá-lo, ainda que a renda comprovada seja inferior ao indicado limite, quando presentes elementos fáticos que demonstram a inexistência de necessidade premente de sua concessão” (PEDILEF 50004939220144047002, Relator Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, data de julgamento: 14/04/2016, data de publicação 15/04/2016).

E a tese firmada no Tema 122 – TNU foi exatamente no sentido de que o critério objetivo consubstanciado na exigência de renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo gera uma presunção relativa de miserabilidade, que pode, portanto, ser afastada por outros elementos de prova.

Entendemos que a subsidiariedade não atenta contra o caráter programático e social da Constituição de 1988, na medida em que a assistência social constitui *técnica de proteção social* restrita aos “desamparados” (art. 6º). Se aplicada com parcimônia no julgamento dos casos, afastando-se a concessão do BPC somente quando comprovada a capacidade econômica do núcleo familiar, não se cogita de inconstitucionalidade.

5. DO GRAU DE MISERABILIDADE

O presente item finalmente aborda o problema de dimensionar a miserabilidade para definir quem são os potenciais percipientes do BPC. Trata-se do problema da elegibilidade ao BPC no tocante ao *grau de pobreza* imposto pela lei como requisito à aquisição do direito.

Como já visto, o BPC será devido tão-somente a quem comprovar “*não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família*”, a teor do inciso V do art. 203 da CF/88.

A Lei n.º 8.742/93 estabeleceu, no § 3º do art. 20, um conceito normativo de pobreza (*rectius*: miserabilidade) para fins assistenciais: “*Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.*”

O legislador ordinário optou por caracterizar a miserabilidade mediante a utilização do salário mínimo, instituto jurídico inserto no próprio corpo da Constituição Federal, no art. 7º, IV.

Desde o início da vigência da lei, a doutrina discutiu se o critério expresso no § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 é constitucional ou não. Uma vertente doutrinária entendeu que a regra criadora do conceito jurídico da miserabilidade, introduzida pelo § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93, não é compatível com o inciso IV do art. 7º da CF/88, por restringir o direito social demasiadamente.

Luiz Alberto David Araujo, partindo da premissa de que somente a pessoa que recebe o salário mínimo teria condições de ter atendidas suas necessidades vitais básicas, concluiu que não poderia a Constituição escolher metodologia mais restritiva para caracterizar a pessoa como pobre (ARAUJO, 2011, p. 88).

A restrição inconstitucional ao alcance do art. 203, V, do Texto Supremo realmente ocorreu porque, embora a pobreza possa ser mensurada em degraus e conquanto alguém possa ser considerado miserável segundo outros critérios, um número expressivo de necessitados estará excluído da elegibilidade ao BPC. Nas linhas seguintes veremos como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu.

Noutro passo, o parágrafo 11 do art. 20 da LOAS, incluído pela Lei n. 13.146/2015, trouxe importante inovação legislativa acerca do problema da renda: Para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

Isso significa dizer que, a despeito do critério estabelecido no § 3º do art. 20 da LOAS, a pobreza assistencial não se mede por método puramente aritmético.

De certa forma, o § 11 colide com o § 3º, ambos do art. 20, porque entendeu o legislador infraconstitucional que o cálculo estritamente aritmético não é capaz de aferir o grau de pobreza necessário à aquisição do direito ao BPC. O § 11º acima referido, portanto, transmuda uma análise matemática em verdadeiro “teste de meios” ou *means test* ou *means testing*, consoante definição de Maurício Mota Saboya Pinheiro (2012, p. 41):

Means testing é um método para a determinação de elegibilidade para programas sociais, em que se utilizam várias variáveis (indicadores) de condição de vida (meios), tais como o acesso a bens e serviços, as condições de moradia, a saúde e a educação. Essa forma multidimensional de avaliação se contrapõe àquela de utilização da renda como critério único.

Tal cenário não passou despercebido por grande parte dos tribunais do país, tema a ser tratado nos subitens seguintes.

5.1. OS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal teve diferentes posições acerca do critério a miserabilidade contido no § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93, que serão analisados seguinte ordem cronológica dos acórdãos⁵.

5.1.1. ADIN n.º 1.232-2

No julgamento da ADIN n.º 1.232-2, o STF não reputou inconstitucional a restrição conformada no § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93. É o que podemos inferir da leitura da ementa (BRASIL, 2001):

Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V, art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente.

O Tribunal teria partido do pressuposto de que a norma do art. 203, V, da CF/88 não teria aplicabilidade imediata, demandando regulamentação legislativa. Por isso, a eventual declaração da inconstitucionalidade da lei impediria a eficácia da norma constitucional. É o que se deduz da leitura da ementa do julgamento da liminar (BRASIL, 1995):

Medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Conceito de família incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, dado pelo § 3º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n.º 8.742 de 07/12/93) para regulamentar o art. 203, V, da Constituição Federal.

1— Arguição de Inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que prevê o limite máximo de ¼ do salário mínimo de renda mensal per capita da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que se esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição.

5 Na análise da jurisprudência do STF, sugerimos ao leitor conferir, por todos: FIGUEIREDO, 2018, p. 138-150.

2 – A concessão da liminar suspendendo a disposição legal impugnada faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

3 – O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico.

4 – Pedido cautelar indeferido.

Ao ratificar o comando do legislador ordinário, o julgamento fez com que apenas os extremamente miseráveis atendessem ao *requisito objetivo*, de recebimento de renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal não proclamou a constitucionalidade do inciso 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 (MORO, 2001, p. 27).

Ademais, a decisão da Adin n.º 1232-2 não possuía, na época, efeito vinculante, que era exclusivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a teor da regra do § 3º do art. 102, pela Emenda n.º 3/93.

Digno de nota que, em controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento em alguns julgados (vide RE 213.736-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, informativo STF n.º 179; RE 256.594-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/4/2000, Informativo STF n.º 186; RE n.º 280.663-3, São Paulo, j. 06/09/2001, relator Maurício Corrêa).

5.1.2. TEMA 312

A entrada em vigor da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) alterou profundamente a questão da elegibilidade ao BPC. Em seu artigo 34, parágrafo único, determinou que o BPC percebido por um membro da família não pode ser computado na aferição da miserabilidade:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

A entrada em vigor da Lei n. 10.741/2003 faz aumentar significativamente a possibilidade de concessão do BPC e nesse aspecto evidentemente merece aplausos o legislador.⁶

Além disso, a novel legislação discriminou as pessoas com deficiência, que não tiveram o privilégio de ter excluído da renda *per capita* um BPC recebido por algum membro do núcleo familiar. Também discriminou os que possuem em seu núcleo familiar alguém que receba benefício previdenciário no valor mínimo.

Seja como for, ao julgar o Tema 312, o Tribunal Pleno do STF (BRASIL, 2013a), resolveu a questão, ao estabelecer as seguintes teses:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente.
Art. 203, V, da Constituição.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente

6 Noutro viés, há que entenda que o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso fez com que a *racionalidade* do critério da miserabilidade ficasse comprometida. Isso porque, na análise do poder de compra e das possibilidades reais de inclusão social de uma família pobre, não importaria de onde será obtida a renda. Não faz sentido considerar que permanece a necessidade social, em situações em que concretamente ela não está presente (ZACHARIAS, 2021, pp. 321/322).

miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS.

Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003.

O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS.

Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos.

Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo.

Omissão parcial inconstitucional.

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Pois bem, o recebimento de um benefício de um salário mínimo por algum membro do núcleo familiar faz grande diferença na qualidade de vida do requerente. E, do ponto de vista da própria Constituição, o salário mínimo é valor que juridicamente serve para o sustento de uma família, não apenas de uma pessoa (art. 7º, IV, da CF/88).

Entendemos, de todo modo, que, da maneira com que a questão foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, a assistência social poderá atuar inconstitucionalmente, mediante a concessão do BPC a pessoas que não poderão ser consideradas *desamparadas*, segundo a dicção do art. 6º da Constituição Federal.

Ao menos certa coerência da proteção assistencial restou comprometida, cabendo uma análise mais aprofundada dos efeitos de incentivo como a ociosidade, por exemplo (BASTOS; MARTINS, 2000, p. 429) e desincentivo (como à busca de trabalho) da concessão do BPC em tais contextos sociais.

5.1.3. TEMA 27

Ao analisar o Tema 27, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 567.985 e, à semelhança do entendimento acerca do Tema 312, considerou que o BPC recebido por PCD e a aposentadoria do valor de um salário mínimo devem ser excluídos da renda familiar, na análise da miserabilidade.

Eis a ementa do julgado (BRASIL, 2013b):

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente.
Art. 203, V, da Constituição.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS.

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003,

que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

A ementa é autoexplicativa. Desde a publicação desse acórdão, não há como considerar o critério do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 como absoluto e único para a aferição do estado de miserabilidade, cabendo a aferição *in concreto*.

Vale dizer, segundo o STF a regra do § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 não impede o julgador de investigar outros elementos na aferição da miserabilidade, desprestigiando o critério matemático.

Por um lado, os acórdãos ampliaram o acesso ao BPC. Por outro, ao atribuírem ao juiz a análise particular de cada caso, talvez tenha dado margem à insegurança jurídica, já que os juízes naturalmente possuem convicções diversas a respeito da linha de miserabilidade.

6. LEGISLAÇÃO NA PANDEMIA DO COVID-19

Em razão da pandemia do Covid-19, milhões de brasileiros perderam o emprego e suas fontes de renda, tendo sido criado outro benefício de natureza assistencial, denominado Auxílio Emergencial.

Além disso, foi elaborada nova legislação sobre o BPC. O art. 1º da Lei n. 13.982/2020 alterou o § 3º e incluiu outros parágrafos do art. 20 da Lei n. 8.742/93:

Art. 20.....

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja:

I - igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, até 31 de dezembro de 2020;

II - (VETADO).

§ 14. O benefício de prestação continuada ou o benefício previdenciário no valor de até 1 (um) salário-mínimo concedido a idoso acima de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou pessoa com deficiência não será computado, para fins de concessão do benefício de prestação continuada a outro idoso ou pessoa com deficiência da mesma família, no cálculo da renda a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 15. O benefício de prestação continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos nesta Lei.” (NR)

Nota-se que o teor dos §§ 14 e 15 reitera os termos do julgamento do STF no RE 580.963 (Tema 312), já abordado, ao equiparar a desconsideração da renda de um salário mínimo oriunda da previdência social e estender a regra à pessoa com deficiência. A esse respeito, Wladimir Novaes Martinez recorda julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em que o Desembargador Paulo Domingues considerou possível a acumulação do BPC com o Bolsa-Família (MARTINEZ, 2021, p. 77).

Ainda no contexto da Pandemia do Covid-19, acerca da questão da miserabilidade necessária à concessão do BPC, foi introduzido o art. 20-A na Lei n. 8.742/93, pela Lei n. 13.982/2020, com o seguinte teor:

Art. 20-A. Em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), o critério de aferição da renda familiar mensal per capita previsto no inciso I do § 3º do art. 20 poderá ser ampliado para até 1/2 (meio) salário-mínimo.

§ 1º A ampliação de que trata o caput ocorrerá na forma de escalas graduais, definidas em regulamento, de acordo com os seguintes fatores, combinados entre si ou isoladamente:

I - o grau da deficiência;

II - a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária

III - as circunstâncias pessoais e ambientais e os fatores socioeconômicos e familiares que podem reduzir a funcionalidade e a plena participação social da pessoa com deficiência candidata ou do idoso;

IV - o comprometimento do orçamento do núcleo familiar de que trata o § 3º do art. 20 exclusivamente com gastos com tratamentos de saúde, médicos, fraldas, alimentos especiais e medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ou com serviços não prestados pelo Serviço Único de Assistência Social (Suas), desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida

§ 2º O grau da deficiência e o nível de perda de autonomia, representado pela dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária, de que tratam, respectivamente, os incisos I e II do § 1º deste artigo, serão aferidos, para a pessoa com deficiência, por meio de índices e instrumentos de avaliação funcional a serem desenvolvidos e adaptados para a realidade brasileira, observados os termos dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015.

§ 3º As circunstâncias pessoais e ambientais e os fatores socioeconômicos de que trata o inciso III do § 1º deste artigo levarão em consideração, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei n. 13.146, de 2015, entre outros aspectos:

I - inferior a um quarto do salário mínimo;

II - a acessibilidade e a adequação do local de residência à limitação funcional, as condições de moradia e habitabilidade, o saneamento básico e o entorno familiar e domiciliar;

III - a existência e a disponibilidade de transporte público e de serviços públicos de saúde e de assistência social no local de residência do candidato ao benefício;

IV - a dependência do candidato ao benefício em relação ao uso de tecnologias assistivas; e

V - o número de pessoas que convivem com o candidato ao benefício e a coabitação com outro idoso ou pessoa com deficiência dependente de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária

§ 4º O valor referente ao comprometimento do orçamento do núcleo familiar com gastos com tratamentos de saúde, médicos, fraldas, alimentos especiais e medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência, de que trata o inciso IV do § 1º deste artigo, será definido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, a partir de valores médios dos gastos realizados pelas famílias exclusivamente com essas finalidades, conforme critérios definidos em regulamento, facultada ao interessado a possibilidade de comprovação, nos termos do referido regulamento, de que os gastos efetivos ultrapassam os valores médios.

O intuito do legislador foi fazer com que tais medidas ampliem o rol dos beneficiados com o BPC. Contudo, note-se que se trata de uma espécie de lei temporária, estabelecendo que, durante o período da pandemia do COVID-19, o critério da renda mensal per capita poderá ser ampliado até 1/2 do salário mínimo, o que fatalmente poderá renovar a discussão, ao final da pandemia, se o legislador não teria reforçado o critério anterior. De todo modo, ainda que isso seja cogitado, pode-se argumentar que a mera reiteração da lei não invalida o julgamento de constitucionalidade já feito pelo Supremo Tribunal Federal, que permitiu a aferição em concreto da miserabilidade.

Os novos §§ 14 e 15 do art. 3º da LOAS tornam obrigatório ao INSS o respeito a tais regras, registrando-se que o Judiciário já as tem observado, por conta dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal acima referidos.

Porém, a ampliação da renda mensal *per capita* para 1/2 (meio) salário mínimo, segundo o § 1º, dependia de regulamento, que não foi editado.

Ocorre que a Lei nº 14.176, de 22.6.2021 novamente disciplinou o requisito da miserabilidade. Além de revogar o inciso I do § 3º da Lei n.

8.742/93, a lei nova introduz o § 11-A ao art. 20, estabelecendo que um regulamento poderá ampliar o limite de renda mensal familiar per capita previsto no § 3º deste artigo para até 1/2 (meio) salário-mínimo, observado o disposto no art. 20-B desta Lei⁷.

A novel lei prestigia a constatação de que o critério matemático não basta à aferição da miserabilidade, mostrando-se mais consentânea com as diretrizes de um *means test*.

Cumpra registrar, conforme acima mencionado, que o parágrafo único do art. 6º da Lei n. 14.176, de 22.6.2021, reza que a ampliação do limite de renda mensal de 1/4 (um quarto) para até 1/2 (meio) salário-mínimo mensal, de que trata o § 11-A do art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, mediante a utilização de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade do grupo familiar, na forma do art. 20-B da referida Lei, fica condicionada a decreto regulamentador do Poder Executivo, em cuja edição deverá ser comprovado o atendimento aos requisitos fiscais.

Digno de nota, por fim, que, segundo o inciso I da art. 6º da Lei n. 14.176/2021, o art. 1º, na parte que acrescenta o § 11-A no art. 20 e o art. 20-B na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 só entram em vigor em 1º de janeiro de 2022.

7 Eis a redação do referido artigo: Art. 20-B. Na avaliação de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade de que trata o § 11 do art. 20 desta Lei, serão considerados os seguintes aspectos para ampliação do critério de aferição da renda familiar mensal per capita de que trata o § 11-A do referido artigo: I - o grau da deficiência; II - a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária; e III - o comprometimento do orçamento do núcleo familiar de que trata o § 3º do art. 20 desta Lei exclusivamente com gastos médicos, com tratamentos de saúde, com fraldas, com alimentos especiais e com medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo SUS, ou com serviços não prestados pelo Suas, desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida. § 1º A ampliação de que trata o caput deste artigo ocorrerá na forma de escalas graduais, definidas em regulamento. § 2º Aplicam-se à pessoa com deficiência os elementos constantes dos incisos I e III do caput deste artigo, e à pessoa idosa os constantes dos incisos II e III do caput deste artigo. § 3º O grau da deficiência de que trata o inciso I do caput deste artigo será aferido por meio de instrumento de avaliação biopsicossocial, observados os termos dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e do § 6º do art. 20 e do art. 40-B desta Lei. § 4º O valor referente ao comprometimento do orçamento do núcleo familiar com gastos de que trata o inciso III do caput deste artigo será definido em ato conjunto do Ministério da Cidadania, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS, a partir de valores médios dos gastos realizados pelas famílias exclusivamente com essas finalidades, facultada ao interessado a possibilidade de comprovação, conforme critérios definidos em regulamento, de que os gastos efetivos ultrapassam os valores médios.

É de se esperar, no entanto, conforme bem anotado por Wladimir Novaes Martinez que, ao menos durante a pandemia, fique amenizada a discussão diante do 1/4 ou 1/2 do salário mínimo (MARTINEZ, 2021, p. 77).

7. O CADASTRO ÚNICO

Instituído por meio do Decreto n. 3.877, de 24 de julho de 2001, o Cadastro Único para Programas Sociais – CadÚnico é instrumento de identificação e caracterização socioeconômica das famílias brasileiras de baixa renda, a ser obrigatoriamente utilizado para seleção de beneficiários e integração de programas sociais do Governo Federal voltados ao atendimento desse público, nos termos do art. 2º do Decreto 6.135/2007, regulamento que o disciplina.

O cadastramento das famílias é executado pelos municípios, segundo o art. 6º do decreto e a base de dados do *CadÚnico* pode ser usada pelos governos municipais, estaduais e federal a fim de propiciar o diagnóstico socioeconômico das famílias cadastradas.

A redação original do § 2º do art. 1º do Decreto 6.135/2007 permitia que, na operacionalização do BPC, era facultada a utilização do *CadÚnico*. Mas, a regra, que previa o carácter facultativo do *CadÚnico*, foi revogada pelo Decreto n. 9.462/2018.

E a Lei n. 13.846/2019 incluiu o parágrafo 12 no art. 20 da LOAS, tornando obrigatório, para a concessão, a manutenção e a revisão do benefício as inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - Cadastro Único, conforme previsto em regulamento.

A consequência disso é que o BPC será indeferido pelo INSS se o requerente não proceder à inscrição no CadÚnico.

Entendemos não haver inconstitucionalidade nessa regra, haja vista caber ao legislador ordinário estabelecer as condições para a concessão do BPC, dentro dos limites do art. 203, V, da CF/88.

Contudo, deve ser observada a dificuldade de acesso da população pobre à internet. Muitos estão simplesmente excluídos e não têm como atender a tal requisito forma, sem a ajuda de terceiros.

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, há problemas a serem resolvidos na regulamentação do CadÚnico, como a

falta de comunicabilidade entre todos os cadastros de programas sociais e bancos de dados públicos. Propõem a criação de um cadastro realmente único, que conteria os dados de todas as informações contidas nos bancos de dados públicos, a saber, Receita Federal, Receita dos Estados, DF, Municípios, Justiça Eleitoral, Programas Sociais, Banco Central e INSS. Tal medida facilitaria o combate à sonegação fiscal, a satisfação dos créditos da Fazenda Pública, bem assim serviria ao “*mapeamento preciso da situação dos indivíduos perante a Seguridade Social*” (CASTRO; LAZZARI, 2021, p. 1174).

Se o INSS indeferir o benefício por motivo formal, ou seja, porque o requerente não estava incluído no CadÚnico, terá de ingressar em juízo, onde as dificuldades continuam.

Segundo José Antônio Savaris, o litigante numa ação previdenciária deve ser considerado um hipossuficiente:

O autor de uma ação previdenciária é presumivelmente hipossuficiente. Trata-se de uma hipossuficiência econômica e informacional, assim considerada a insuficiência de conhecimento acerca de uma situação jurídica, seus direitos e deveres. Em face da grande complexidade dos mecanismos de proteção e respectiva legislação, os indivíduos não se encontram em situação de tomar decisões de forma informada e responsável, tendo em conta as possíveis consequências (SAVARIS, 2019, p. 63).

Temos dúvidas se todos os litigantes em ações previdenciárias devem ser considerados hipossuficientes, porque certa parcela da população, ainda que pequena, é abastada. Mas os litigantes das ações assistenciais certamente o são.

O que não deve ser aceito é o ingresso de ação judicial por meio de advogado, quando o indeferimento se der somente pela ausência de inscrição no Cadastro Único. Para configurar o *interesse de agir*, é preciso primeiramente proceder à regularização no CadÚnico e, com isso, permitir ao INSS a análise do caso em todos os aspectos objetivo e subjetivo.

De todo modo, a Turma Nacional de Uniformização parece ter entendimento diverso, uma vez que, ao julgar a questão analisada sob o Tema 217, firmou a seguinte tese:

Em relação ao benefício assistencial e aos benefícios por incapacidade, é possível conhecer de um deles em juízo, ainda que não seja o

especificamente requerido na via administrativa, desde que preenchidos os requisitos legais, observando-se o contraditório e o disposto no artigo 9º e 10 do CPC.

Discordamos de tal posição, porquanto o efetivo teste de meios, quando da análise do caso pela Administração, integra o procedimento de concessão do BPC, não podendo ser afastado e entregue diretamente ao Judiciário, ante a ausência de prévio litígio.

Entendemos que a ausência de provocação ou a mera provocação formal da via administrativa, com intuito deliberado de obter o indeferimento, fere a inteligência do acórdão proferido no RE 631240, com repercussão geral, no julgamento do Tema 350-STF.

CONCLUSÃO

O BPC ocupa uma posição de grande importância no sistema de direitos e garantias constitucionais, porque garante o direito à subsistência de pessoas que vivem em vulnerabilidade dos pontos de vista pessoal e social.

Somente em agosto de 2021, o Portal da Transparência do Governo Federal informa que 4.832,617 (quatro milhões, oitocentos e trinta e dois mil e seiscentos e dezessete) pessoas receberam o BPC⁸.

O requisito da miserabilidade, estabelecido na Constituição Federal de 1988 e no artigo 30, § 3º, da Lei n. 8.742/93 como condição à concessão do benefício, é objeto de posições divergentes na jurisprudência, mesmo que o legislador ordinário tenha optado por estabelecer um critério aritmético, baseado na renda familiar *per capita*, para sua aferição.

Nesse momento da jurisprudência nacional, há praticamente consenso acerca da necessidade de, na análise da miserabilidade, não se restringir ao critério legal (art. 20, § 3º, da LOAS) pois, além do já constatado pela TNU no julgamento do Tema 122, há pessoas em situação de vulnerabilidade social cuja renda mensal *per capita* é superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal citados neste artigo podem ser interpretados no sentido de que um limite razoável de renda

8 <http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios>. Acesso em 21.8.2021.

seja o de ½ (meio) salário mínimo, limite esse que pode ser positivado através de decreto presidencial, segundo a Lei n. 14.176/2021.

Nada obstante, há casos em que qualquer critério baseado em renda *per capita* familiar será inadequado à avaliação da real situação financeira do núcleo familiar. Cabe, assim, o teste de meios (*means test*), enquanto análise de outras circunstâncias relevantes na avaliação da elegibilidade ao BPC, na esteira da regra introduzida no art. 20-B da Lei n. 8.742/93, pela Lei nº 14.176, de 22.6.2021.

Somente mediante a aferição da realidade concreta do núcleo familiar se terá possibilidade de operar a elegibilidade ao benefício assistencial de prestação continuada, de modo a ser concedido a quem dele realmente necessite.

REFERÊNCIAS

AJOUZ, Igor. *O direito fundamental à assistência social e a distribuição de deveres entre o estado e a família*. Florianópolis: Conceito, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. 4ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. VIII. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm.

_____. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. ADI nº 1.232 MC/DF. Relator Maurício Corrêa. Brasília, julgamento em 22.3.1995. disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur21875/false>. Acesso em 15.6.2021.

_____. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. ADI n.º 1.232-2/DF. Brasília, julgamento em 27/08/98, publicada no DJU de 1/6/2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjurl02876/false>. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001*. Institui o Cadastramento Único para Programas Sociais do Governo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3877.htm.

_____. *Decreto n. 6.135, de 26 de junho de 2007*. Dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6135.htm.

_____. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. Tema 312. RE 580963. Processo 200770950011651. Relator Gilmar Mendes. Brasília, julgamento em 16.10.2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20580963&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. Tema 27. RE 567985. Processo 200736007030200. Relator Marco Aurélio. Brasília, julgamento em 03.10.2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20567985&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região*. Súmula nº 23. São Paulo, julgamento em 28.8.2015. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/gaco/Sumulas_20_a_23.pdf. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Turma Nacional de Uniformização*. PEDILEF 0517397-48.2012.4.05.830. Relator Boaventura João Andrade. Brasília, julgamento em 23.02.2017. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Decreto nº 9.462, de 8 de agosto de 2018*. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, e o Decreto nº 6.135, de 26 de junho de 2007, que dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9462.htm.

_____. *Lei 13.982, de 2 de abril de 2020*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm.

_____. *Lei nº 14.176, de 22 de junho de 2021*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14176.htm.

_____. *Portal da Transparência*. <http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios>. Acesso em 08.6.2021.

CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970.

CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2021.

FIGUEIREDO, Ana Claudia Mendes de. “Critérios para Aferição da Vulnerabilidade Social Necessária à Concessão do Benefício de Prestação Continuada: A Jurisprudência do STF nas Duas Últimas Décadas.” In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (coord.). *Benefício Assistencial. Teoria Geral – Processo – Custeio*. São Paulo: LTr, 2018, p. 138-150.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

LEITE, Celso Barroso. “*Filantropia e Assistência Social*.” In: *Revista de Previdência Social*, n. CXCIX. São Paulo: LTr, junho de 1997.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 1995.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social*. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários às leis do auxílio emergencial: estudo prático sobre o coronavoucher*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2021.

MORO, Sérgio Fernando. “*Benefício da Assistência Social como Direito Fundamental*”. In: Boletim dos Procuradores da República, n. XXXIX, ano IV. São Paulo: s.e., julho de 2001., p. 27 e seguintes.

PASSOS, Fabio Luiz dos. “*O Limbo da Proteção Social: entre a Assistência e a Previdência.*” In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (coord.). *Benefício Assistencial. Teoria Geral – Processo – Custeio.* São Paulo: LTr, 2018, p. 19-27.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen.* Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2012.

ROCHA, Sonia. *Pobreza no Brasil: afinal do que se trata?* 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário.* Curitiba: Alteridade, 2019.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (coord.). *Benefício Assistencial. Teoria Geral – Processo – Custeio.* São Paulo: LTr, 2018.

VENTURI, Augusto. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social.* Tradução: Gregorio Tudela Cambronero. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1994.

WAILLA, Liane de Alexandre; COSTA, José Ricardo Caetano. “Deixando os Pobres à Própria Sorte: A Tese da Responsabilidade Subsidiária do Estado na Promoção da Assistência Social e a Não Efetivação deste Direito”. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (coord.). *Benefício Assistencial. Teoria Geral – Processo – Custeio.* São Paulo: LTr, 2018, p. 180-192.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva].* Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

ZACHARIAS, Rodrigo. *Da seguridade social na proteção do idoso e da pessoa com deficiência e além: uma crítica do benefício assistencial de prestação continuada.* São Paulo: Dialética, 2021.

